UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE -- FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE SYNTHÉTIQUE ET CRITIQUE

SUR

LE PROBLÈME LÉGISLATIF

DIT

DE LA FAILLITE CIVILE

Son Énoncé -- Sa Solution

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

P.-H. EMILE TOUSSAINT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX
(CONCOURS DE LICENCE ET DE DOCTORAT)

AIX-EN-PROVENCE
LIBRAIRIE A. DRAGON
1 et 3, Place des Prêcheurs.

1923

Le Problème Législatif dit de la Faillite civile

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE -- FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE SYNTHÉTIQUE ET CRITIQUE

SUR

LE PROBLÈME LÉGISLATIF

DIT

DE LA FAILLITE CIVILE

Son Énoncé -- Sa Solution

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

P.-H. EMILE TOUSSAINT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX
(CONCOURS DE LICENCE ET DE DOCTORAT)

AIX-EN-PROVENCE
LIBRAIRIE A. DRAGON
1 et 3, Place des Prêcheurs.

1923

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM.

MOREAU ✪ I., Doyen, Professeur de Droit Administratif.
JOURDAN ✠, ✪ I., Professeur de Droit Civil.
VERMOND ✪ I., Professeur de Droit Romain.
BONNECARRÈRE ✪ I., Professeur de Droit Commercial.
RAYNAUD ✪ I., Professeur d'Economie Politique
DUMAS ✪ I., Professeur d'Histoire Générale du Droit Français
SAUVAIRE-JOURDAN ✪ I., Professeur d'Economie Politique.
BRY ✠, ✪ A., Professeur de Droit Romain.
SÉGUR ✪ A., Professeur de Droit international public.
LABORDE-LACOSTE, Professeur de Droit criminel.
CRÉMIEU ✠, ✠., Professeur de Droit Civil.
ROUBIER, Professeur de Droit Civil.

PROFESSEURS HONORAIRES

MM.

RIPERT ✠, ✪ I., Professeur à la Faculté de Droit de Paris
AUDINET ✪ I., Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers.

M. TERLIER ✪ I. Secrétaire.

JURY

M. JOURDAN, *président.*
M. BONNECARRÈRE, M. ROUBIER, *assesseurs.*

L'Université et la Faculté n'entendent donner aucune approbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La faillite est en France une institution spéciale aux négociants [1] ; les débiteurs non-commerçants n'y sont pas soumis [2].

Que faut-il penser d'une réforme législative qui transporterait dans le Droit commun tout ou partie des règles de la faillite commerciale ? Tel est l'énoncé le plus simplifié du *Problème* dit *de la faillite civile.*

---

(1) A l'instar de la France, la plupart des pays étrangers (tels la Belgique, l'Italie, le Luxembourg, la Roumanie, la Pologne, la Bulgarie, la Turquie, la Grèce, le Portugal, la République Argentine, le Vénézuela, le Chili, le Brésil, le Mexique, le Japon et l'Egypte) font de la faillite une procédure spéciale aux commerçants. D'autres (comme l'Espagne, les Pays scandinaves et la Suisse) ont créé une faillite civile dont les règles diffèrent à des degrés divers des règles de la faillite commerciale. Certains (Angleterre, Allemagne, Pays-Bas, Autriche) soumettent à une même procédure de faillite indistinctement tous les débiteurs. (V. infra, 2me partie, nos études de Droit comparé).

(2) On doit estimer, contrairement à l'opinion de quelques auteurs, qu'il en était de même dans notre ancienne législation. C'est en effet l'ordonnance de 1673 sur le *Commerce* qui avait organisé la faillite à titre d'institution commune à tout le royaume. Si son texte parle du *detteur* et non du *commerçant*, il faut en che cher la raison dans cette règle, qu'étaient alors *commerçants* seulement les personnes qui appartenaient à une corporation. (V. ordonnance du Châtelet de Paris, en date du 12 mars 1678 : « *tous marchands, négociants, banquiers et autres particuliers s'occupant de commerce* », texte rapporté par Renouard, *Des faillites*, Introduction historique). Enfin, si la faillite avait été réellement sous l'ancien droit et en pratique une procédure appliquable à tous les débiteurs, les travaux préparatoire du Code de commerce auraient signalé sans aucun doute les raisons pour lesquelles la loi nouvelle rompait avec la tradition. Or, la question du domaine de la faillite n'y a même pas été soulevée.

La question n'est pas nouvelle. Déjà en 1849, M. Valette [1], après avoir demandé la suppression de l'hypothèque judiciaire, affirmait la nécessité d'une voie collective imitée de la faillite, pour liquider les patrimoines insolvables des non-commerçants. En 1866, M. Leveillé [2] réclamait la création en matière civile du délit de banqueroute.

Nous signalerons encore les travaux de MM. de Montluc [3], Pannier [4], Allain [5], avant d'indiquer l'œuvre de M. René Garraud qui, parue en 1880 et intitulée : *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible,* reste encore à la base de toute recherche nouvelle. Ce travail remarquable a suscité un certain nombre d'études [6] et de thèses de doctorat [7] où les idées du savant professeur ont été développées. Par ailleurs, M. Thaller [8] et

---

(1) Valette, *De l'Hypothèque judiciaire,* (*Rev. de Dr. fran. et étran.* 1849, p. 912-928 et *Mélanges de droit* p. 355 et s.) *Discours sur la suppression de l'hypothèque judiciaire* (*Mélanges* p. 553 et s.)

(2) Leveillé, *De l'abolition de la contrainte par corps* (*Rev. prat. de Dr. fran.* 1866, p. 330 et s.)

(3) De Montluc, *De la déconfiture ou faillite des non-commerçants,* thèse, Paris 1869.

(4) Pannier, *Des conséquences juridiques de la déconfiture,* thèse, Paris 1875.

(5) Allain, *De la déconfiture pendant la vie du débiteur.* thèse Paris, 1879 Voyez encore : Boucaud, *De la déconfiture et de l'insolvabilité,* thèse, 1876.

(6) Legriel, *Etude sur la faillite civile* (*J. des Faillites,* 1888, p. 46 et s.)— Brissaud, *De la déconfiture et des liquidations judiciaires* (*Rev. gén. de droit,* 1882, p. 324 et s.) — Pascaud, *De la faillite et de la liquidation judiciaire des non-commerçants* (*Rev. gén. de droit,* 1893, p. 481 et s.)

(7) Ducos de la Haille, *Etude des origines historiques de la déconfiture et de ses effets dans les législations modernes,* thèse, Paris 1894. — A. Dupin, *de la faillite civile, nécessité de son organisation,* thèse, Grenoble 1900 — G. Trancou, *De l'extension de la faillite aux non-commerçants,* thèse Paris 1918. — R. Jan, *La faillite civile, étude de droit positif français,* thèse, Paris 1921.

(8) Thaller *Des faillites en droit comparé,* 1887, t. I. chap. 1, p. 125 et s.

M. Percerou [1] ont abordé le problème par le côté du Droit commercial et l'ont présenté sous un aspect quelque peu particulier et nouveau.

Ce mouvement doctrinal a depuis longtemps donné naissance à des tentatives législatives. Sur le bureau de l'Assemblée de 1849, M. Langlois avait déposé une proposition de loi *sur la réforme des lois civiles relatives au crédit personnel considéré comme une conséquence nécessaire de la réforme hypothécaire et spécialement de la suppression de l'hypothèque judiciaire*, proposition qui portait création d'une procédure civile analogue à la faillite [2], mais qui ne fut même pas discutée.

La question est reprise trente ans après et sans plus de succès, au cours des travaux parlementaires qui devaient aboutir à la loi du 4 mars 1889 instituant la liquidation judiciaire, d'abord le 3 avril 1879 par MM. Desseaux, Dautresme, Richard Waddington, députés [3], puis le 15 juin 1880 par M. Saint-Martin et quelques autres membres de la Chambre [4].

---

(1) Percerou, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (2 vol. dans le Traité gén. de Dr. com. de Thaller) t. 1. 1907, nos 137-143, p. 142 et suivantes.

(2) *Moniteur du 23 mai 1849*, séance du 22 mai et *Rev. de Dr. fr. et. étr.* t. VII, 1850, p. 319 et s. (texte de la proposition et dissertation de M. Langlois).

(3) *J. Off.* 1882 Doc. parl. Chambre, annexes, p. 465.

(4) *J. Off.* 1880. Doc. par. Chambre, annexes, p. 1370 ; et 1881, Chambre, annexes, p. 1811. Voyez pour la critique de la proposition St-Martin (M. Courcelle-Seneuil, rapporteur de la Section de législation au Conseil d'Etat) *Exposé des motifs du projet de loi présenté par le gouvernement relatif à la réforme de la loi sur les faillites* (*J. des faillites* 1882 p. 443 et suiv.) et le *rapport de M. Laroze*, député, lu au nom de la Commission chargée d'examiner les projets de réforme de la loi des faillites, dans la séance du 16 février 1884 (*J. des faillites*, 1884, p. 294, 358, 419 ; *J. Off.* Doc. parl., Chambre, annexes n° 2632 p. 228 et suiv.)

Devant le Sénat et lors de la discussion du projet de loi relatif à l'organisation du crédit agricole, M. Lacombe défendit, vainement encore, l'utilité d'une faillite civile, dans la séance du 31 janvier 1888 [1].

Tout récemment enfin et au cours même de la guerre, M. Emile Bender, député, a déposé le 7 mai 1915 une proposition de loi tendant à organiser la liquidation des patrimoines des débiteurs civils reconnus judiciairement insolvables, sur le modèle de la procédure réglée au Code de Commerce [2] par les articles 437 et suivants. La Commission de législation civile de la Chambre a accueilli favorablement cette initiative [3]. Mais il s'écoulera sans doute de nombreuses années encore, avant que le problème législatif de la faillite des non-commerçants soit effectivement et sérieusement discuté devant le Parlement [4].

Aussi bien il y a-t-il place, sur cette question importante et toujours actuelle, pour de nouveaux travaux. Cependant nous n'eussions pas entrepris celui-ci, si nous n'avions eu d'autres desseins que d'ouvrer les idées déjà émises par un grand nombre d'auteurs. Mais nous pensons, contrairement à leur opinion, qu'il n'est nullement nécessaire de transporter tout ou partie des règles fondamentales de la faillite

(1) *J. Off.* 1888, Déb. parl. Sénat, séance du 31 janvier 1888, p. 56.

(2) Proposition Bender (tendant à organiser la liquidation des biens du débiteur non-commerçant en état de déconfiture) *J. Off.* 1915. Doc. parl., Chambre, annexes n° 899.

(3) Rapport au nom de la Commission de législation civile par Georges Leredu, *J. Off* 1918, Doc. parl., Chambre, annexes n° 4176. Rapport supplémentaire, annexes n° 5108, p. 1568

(4) Laurent, dans son *Avant-projet de réforme du Code civil belge* (t. IV, 1884, titre III) adopte également la thèse de la faillite civile.

dans notre Droit commum. C'est pourquoi il nous a paru qu'une nouvelle étude — puisqu'elle tenterait une démonstration qui n'a fait l'objet jusqu'ici d'aucun ouvrage spécial à la matière — présenterait quelque intérêt.

Notre attitude toutefois ne sera pas purement négative. En proposant la création d'une faillite civile, les auteurs dont nous combattons le système entendent apporter un remède aux vices de la loi qui régit aujourd'hui les non-commerçants et tout particulièrement à ce vice essentiel qu'elle n'assure pas, aux créanciers chirographaires, la distribution rigoureusement au marc le franc du patrimoine débiteur tout entier, lorsque l'actif n'y couvre plus le passif.

Or, nous ne pourrons nier ces défauts de la législation civile et nous aurons même l'occasion d'en signaler d'autres encore. C'est dire par conséquent que nous croyons, nous aussi, à la nécessité d'une réforme ; mais nous essayerons de montrer qu'elle doit être opérée d'une autre manière que par l'introduction de la faillite dans le Droit commun : nous proposerons un perfectionnement, selon leur esprit propre, des voies d'exécution dont la pièce maîtresse est la saisie. Et tel sera l'objet de notre deuxième partie intitulée : *La Solution*.

Nous consacrerons la première, qui aura pour titre : *Le Problème*, à l'étude de la question prise en soi. Il nous faut établir en effet au préalable l'identité logique qui existe entre le problème dit de la faillite civile et celui de la réforme de la sanction attachée, à l'encontre des non-commerçants, au droit de créance chirographaire. Nous y parviendrons en analysant avec minutie et méthode ce que contient le concept :

« extension de la faillite aux débiteurs du Droit commun », par quoi serons-nous amenés à découvrir la nature juridique véritable de la faillite, et à voir dans la seule procédure collective civile qu'il soit, *a priori*, possible de construire à son image pour soumettre les liquidations d'insolvabilité à la loi du dividende : *une voie d'exécution complète et autonome, dont le champ naturel, aussi vaste que celui de la saisie, s'étend nécessairement à toutes les hypothèses où les débiteurs, insolvables ou solvables, ne payent pas leurs créanciers.* Aussi bien, sous son aspect principal le problème qui nous occupe consistera-t-il vraiment dans la question de savoir si l'examen de tous les inconvénients du régime de l'exécution forcée sur les non-commerçants conduit à accepter cette *faillite civile rationnelle* ainsi décrite par ses règles fondamentales, ou à la repousser pour proposer un système perfectionné de saisies.

Or, cette conception que nos explications ultérieures éclairciront en temps utile et que nous ne pouvons à cette place autrement préciser, diffère essentiellement de la conception devenue classique en la matière.

Pour la plupart des auteurs, en effet, le problème de la faillite civile, ou de l'extension de la faillite aux non-commerçants, est celui de « *l'organisation de la déconfiture* ». C'est à l'exposé et à la critique de cette opinion que nous nous emploierons tout d'abord.

PREMIÈRE PARTIE

Le Problème

I. — Exposé et critique de l'énoncé classique : « Faut-il organiser la déconfiture ? »

II. — Esquisse d'un énoncé rationnel et complet du problème dit de la faillite civile ; Réforme de la sanction de l'obligation chirographaire en Droit Civil ; élargissement de la notion de commerçant ; aménagement des procédures de liquidation des successions insolvables et révision des règles de fond de la transmission successorale.

TITRE PREMIER

Exposé et critique de l'énoncé classique : « Faut-il organiser la Déconfiture ? »

Nous divisons le présent titre en trois chapitres ; le premier donnera en raccourci une description de la formule dans laquelle les auteurs enferment généralement le problème de la faillite civile ; nous présenterons dans les deux autres la critique de leur opinion.

Nous annonçons ci-dessous le contenu des trois chapitres.

CHAPITRE I. — **L'énoncé classique du Problème : Faut-il organiser la Déconfiture ?**

SECTION I. — La notion de déconfiture selon la doctrine classique ; distinction de la déconfiture et de l'insolvabilité. — SECTION II. — Les rapports de la déconfiture et de la faillite, selon la doctrine classique ; ce que les auteurs entendent par « organisation de la déconfiture ».

CHAPITRE II. — **De la Déconfiture dans l'ancien Droit coutumier.**

SECTION I. — L'institution coutumière proprement appelée déconfiture ; La caution des premiers saisissants ; La règle 687 des *Institutes coutumières*. — SECTION II. — Le Droit coutumier et les effets de la déconfiture moderne, l'exclusion de la société pour cause de pauvreté ; Les conséquences de l'insolvabilité véritable et de la déconfiture coutumière ; Le paragraphe 516 du *Traité de la Communauté* de Pothier.

CHAPITRE III. — **La Déconfiture moderne ; les raisons pour lesquelles on ne peut en proposer l'organisation.**

SECTION I. — La Déconfiture moderne : Le Code civil ; La jurisprudence antérieure à 1830 ; Apparition et développement de la théorie des signes externes dans la jurisprudence postérieure ; L'arrêt de 1892. — SECTION II. — Ce que serait en fait l'organisation de la déconfiture proposée par les auteurs : Arbitraire du juge ; Tardivité du jugement déclaratif ; Les prétendus signes de l'insolvabilité sont aussi bien les signes de la dissimulation d'actif par un débiteur solvable ; Conclusion.

CHAPITRE PREMIER

L'énoncé classique du Problème : « Faut-il organiser la Déconfiture ? »

La déconfiture selon les auteurs. — Ce que la doctrine classique entend par « organisation de la déconfiture ».

Ce n'est point chose facile d'exposer avec logique le système des auteurs ; on éprouve quelque embarras à déterminer la base de leur raisonnement.

Trois idées, en effet, se mêlent, dès le début, dans leur théorie : celle de l'extension aux non-commerçants du régime de la faillite, celle aussi du principe d'égalité entre les créanciers chirographaires, celle enfin, qui leur est propre : *l'organisation de la déconfiture*. Or ces trois idées n'apparaissent point les divers aspects d'une même notion ; elles sont trois concepts distincts et différents. Quel est leur point de contact et par quelles déductions parvient-on à les souder entre elles ?

Sur ce sujet les auteurs sont peu explicites. Pour la plupart il semble bien que l'identité du problème de la faillite civile et de celui de l'organisation de la déconfiture soit une de ces vérités d'évidence qui n'ont pas besoin d'être démontrées, car ils admettent *a priori* que *c'est l'état de déconfiture qui correspond en Droit civil à l'état de faillite*. Il en résulte ceci : la

question de l'organisation de l'égalité forcée entre les créanciers chirographaires d'un même débiteur insolvable se pose, à leur sens, seulement dans l'hypothèse de la déconfiture, qui devient ainsi le cercle enfermant toute la matière [1].

Dans ces conditions, la base de leur système se trouve dans le Droit civil, non dans le Droit commercial. Et l'on pourrait donner à toutes les études classiques le titre du remarquable travail de M. le professeur René Garraud : « De la *Déconfiture* et des *améliorations* dont la législation sur cette matière est susceptible » [2].

Divisant notre chapitre en deux sections, nous dirons dans la première ce que la doctrine classique entend par déconfiture, dans la seconde nous fixerons les traits essentiels de la « déconfiture organisée », telle qu'elle la conçoit.

Nous insisterons particulièrement sur les points qui présentent quelque intérêt pour nos explications à venir. Nous négligerons les détails de la solution proposée par les auteurs, nous attachant seulement à la décrire dans ce qui révèle la façon dont ils ont posé le problème de la faillite civile. Nous laisserons par conséquent de côté les arguments qu'ils apportent en faveur de la réforme : ces arguments appartiennent au fond du débat que nous n'abordons pas encore.

---

(1) Cette conception *a priori* est tout particulièrement marquée chez Laurent, *Avant projet de révision du Code civ.* T. 4, art. 1407 et suiv.

(2) M. Thaller et, à certains égards aussi, M Percerou s'écartent de la conception ordinaire du problème. C'est pourquoi nous n'exposerons pas ici le système original du premier de ces auteurs : il propose une faillite qui ne serait pas une *déconfiture organisée*. M. Percerou part du Droit commercial et de la faillite des commerçants, mais il ne repousse pas résolument l'idée courante. On voudra bien néammoins ne pas trouver dans les pages qui suivent le résumé et la critique de son opinion.

SECTION I.

La notion de la déconfiture selon la doctrine classique ; distinction de la déconfiture et de l'insolvabilité.

1. — Le Code Civil ne définit pas la déconfiture. Mais un petit nombre d'articles isolés la rapprochent de la faillite et attachent à l'une et à l'autre quelques mêmes effets. Cette constatation est la première base du raisonnement des auteurs.

Qu'elles sont les conséquences légales de la déconfiture ? Enumérons-les rapidement.

La déconfiture de l'un des associés dissout la société (art. 1865, C. civ.) [1], celle du mandant ou du mandataire entraîne l'extinction du mandat (art. 2003, C. civ.) [2]. La caution est autorisée « avant même d'avoir payé », à agir contre le débiteur principal devenu déconfit « pour être par lui indemnisée » (art. 2032, C. civ.)[3]. L'action en séparation de biens est une action strictement attachée à la personne de la femme : ses créanciers ne sauraient l'intenter en son nom ; « néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances » (art. 1446, C. civ.) La déconfiture du délégué, comme sa « faillite ouverte », lorsqu'elle existait déjà, à l'insu du délégataire, lors de la délégation, donne un recours à ce dernier contre le déléguant, (art. 1276, C. civ.). Le capital de la rente constituée en perpétuel devient

(1) Le texte ne fait point figurer la faillite parmi les « différentes manières dont finit la société ».

(2) Ici encore le Code civil ne parle pas de la faillite.

(3) Le texte porte : « lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ».

exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur (art. 1913, C. civ.).

Le vendeur non payé n'est pas obligé de livrer « quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture » (art. 1613, C. civ.). La doctrine et la jurisprudence sont d'accord [1] pour étendre ces deux dernières dispositions au profit de tous les créanciers de dettes non échues, l'art. 1188 C. civ. stipulant que « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite », sans mentionner la déconfiture.

2. — Larombière [2], tirant argument du rapprochement que le Code civil établit sous les articles précités entre la faillite et la déconfiture, a soutenu que celle-ci était « l'état de toute personne non-commerçante qui cesse ses payements ». Mais son opinion reste isolée [3]; elle contredit les textes eux-mêmes : le législateur employant côte à côte le mot faillite et le mot déconfiture distingue bien les deux états.

La définition de la déconfiture doit être au contraire, affirme-t-on, recherchée dans l'ancien Droit.

L'article 180 de la Coutume de Paris porte : « le cas de déconfiture est *quand les biens du débiteur*, tant meubles qu'immeubles, *ne suffisent aux créanciers apparens* ». A s'en tenir à cette formule, la déconfiture ne serait pas autre chose que la simple insolva-

(1) Aubry et Rau 4e éd, IV, p. 137-138 ; 5e éd. IV, p. 136-143. Très nombreux arrêts ; voir notamment : Cas. 30 mars 1892, S. 92. 1. 48 ; D. 92. 1. 281. La déchéance du terme est l'effet de la déconfiture le plus souvent invoqué.

(2) Larombière, *Traité des obligations*, t. II, art. 1188, n° 4.

(3) R. Garraud, *op. cit.*, p. 69.

bilité, l'infériorité de l'actif au passif connu, qui suppose évidemment une disproportion encore plus grande entre l'actif et le passif réel.

Et de fait, certains auteurs prennent à la lettre la définition que donne la Coutume. « On appelle déconfiture, écrivent Aubry et Rau, l'état du débiteur non-commerçant dont le passif surpasse l'actif, et qui se trouve ainsi dans l'impossibilité de satisfaire intégralement ses créanciers [1] ». M. Planiol [2] professe semble-t-il la même opinion.

Mais de cette conception très simple les auteurs qui ont écrit sur l'organisation de la déconfiture, et dont nous avons seulement à exposer ici le système, s'écartent en général nettement. Ils distinguent la déconfiture de l'insolvabilité, celle-ci n'étant qu'un des éléments constitutif de celle-là [3].

C'est encore dans l'ancien Droit que pareille théorie a son fondement selon leur sentiment. On cite deux textes, l'un de Ferrière, l'autre de Loysel, et, après avoir éliminé le premier, on transporte le second, en l'amendant, dans notre Droit moderne.

« Déconfiture, dit Ferrière [4], signifie l'insolvabilité d'un débiteur *dont les biens sont saisis*, et qui a plusieurs créanciers qu'il n'est pas en état de satisfaire,

(1) Aubry et Rau, 4e éd., VI, p. 249 ; 5e éd., IX, p. 369 : Colmet de Santerre, V. n° 111 bis ; Demolombe XXV p. 666 et 667.

(2) Planiol, t. II, n° 215.

(3) R. Garraud, *op. cit*, p. 62, 66, 71, 194 texte et note 2. Trancou, p. 38 et s. — Contra Pannier, *Des conséquences juridiques de la déconfiture*, thèse Paris 1875, p. 240.

(4) Ferrière (Claude-Joseph de) *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° déconfiture ; Claude-Joseph de Ferrière est le fils de Claude de Ferrière (1639-1715), auteur notamment des *Commentaires sur la Coutume de Paris* dont Claude-Joseph donna des éditions revues et corrigées, et d'une *Introduction à la Pratique* qui devint le *Dictionnaire de Droit et de pratique*, 1740.

après discussion faite de tous ses biens... Il faut pour qu'il soit constant qu'un homme soit déconfit et insolvable que tous ses biens tant meubles qu'immeubles, aient été saisis et vendus publiquement, et que le prix qui en est provenu soit insuffisant pour payer les créanciers saisissants ou opposants ». Ainsi pour que le débiteur soit déconfit, il est nécessaire d'abord qu'il soit insolvable, ensuite que son patrimoine ait été discuté.

Loysel écrit : « Déconfiture est quand le detteur fait rupture et faillite, ou qu'il y a *apparence notoire que ses biens, tant meubles qu'immeubles, ne suffiront pas au payement de ses dettes*[1] ».

La définition de Ferrière ne convient pas, indiquent les auteurs modernes, à la déconfiture actuelle. Elle ne vaut affirment-ils, que pour l'institution[2] que l'ancien Droit appelait, à proprement parler, de ce nom, et qui, règlementée par les articles 179 et 180 de la Coutume de Paris, limitait les effets du privilège accordé au premier saisissant. Les créanciers qui « font premier saisir » les meubles du débiteur sont préférés aux créanciers dont la saisie ou l'opposition sont postérieure, mais il en est plus de même dans le cas de déconfiture : tous alors sont payés par contribution au sol la livre. Or, remarque-t-on, notre Droit actuel a rejeté le privilège du premier saisissant ; ce n'est donc pas à la Coutume de Paris, ni aux écrits des jurisconsultes qui l'ont commentée, que les rédacteurs du Code civil ont entendu se référer. D'ailleurs,

(1) Loysel. *Institutes Coutumières* (éd. Laboulaye) règle 687.

(2) Comme le mot faillite, le mot déconfiture a deux sens : le sens *état*, et le sens *institution* qu'il mérite dans l'ancien Droit plus qu'aujourd'hui.

ajoute-t-on, l'ancien Droit a connu la plupart des effets de la déconfiture moderne, par exemple la déchéance du terme et la dissolution de la société, or les auteurs coutumiers ne les rattachent pas à la déconfiture au sens propre, mais à la simple insolvabilité.

La définition de Ferrière écartée, on adopte celle de Loysel, qui est plus large. On n'en retient toutefois que la deuxième partie, car la première confond la faillite et la déconfiture. Celle-ci est donc *l'apparence notoire de l'insolvabilité*. Mais qu'elle est la signification du mot « notoire » ? L'insolvable est-il déconfit lorsqu'il à la réputation dans le public de devoir plus qu'il n'a ? Non, répondent les auteurs modernes. La notoriété, c'est ici la *manifestation extérieure, par des faits tangibles non équivoques*, de l'infériorité de l'actif au passif. Ces faits non équivoques reçoivent le nom de *signes* de l'insolvabilité. Les plus fréquents sont la fuite ou l'aveu du débiteur, la multiplicité des des poursuites ou des saisies. L'art. 1[er] de la proposition de M. le député Bender tel qu'elle a été complétée par la Commission de Législation civile résume bien cette théorie : « *La déconfiture est l'état du débiteur non-commerçant dont le passif surpasse l'actif et dont l'insolvabilité s'est manifestée par des signes extérieurs* [1] ».

3. — Pour qu'il y ait déconfiture du débiteur, il faut donc que trois conditions se trouvent réunies : 1° l'obligé doit être non-commerçant ; 2° il doit être

(1) *J. Off.* 1918, Doc. Parl. Chamb. annexes 5108, p. 1568.
Voyez notamment R. Garraud, *op. cit.*, p. 62, 64, 71 et 194 ; et Trancou, *op. cit.*, p. 42, texte et note 4.

insolvable c'est-à-dire avoir plus de dettes que de biens ; 3° il est nécessaire, *de plus*, que son insolvabilité se soit extériorisée.

Cette dernière condition est selon les auteurs *un des éléments constitutifs de la déconfiture*. Aussi longtemps que les signes externes de l'insolvabilité ne sont pas apparus, l'insolvable, reste un simple insolvable inconnu, sans être encore un déconfit.

Les conséquences légales de la déconfiture se réalisent donc au plus tôt le jour où la pénurie est devenue manifeste. C'est à ce moment seulement que le débiteur perd le bénéfice du terme. Si le créancier de dette non échue avait formé une saisie avant cette date, la procédure en serait nulle, encore bien qu'il soit parvenu à établir par la suite que l'insolvabilité existait lors de la saisie. Elle serait valable au contraire, s'il avait pu justifier de la réalité, à la date du commandement ou de l'exploit, d'une insuffisance de l'actif déjà apparente, même si à ce moment lui et les autres créanciers n'avaient pas encore eu connaissance des faits extérieurs par lesquels elle s'était manifestée.

La déconfiture, selon les auteurs, c'est en résumé *l'insolvabilité susceptible d'être constatée*, et elle produit de *plein droit* [1], dès cet instant où elle naît, les effets que la loi y attache et que nous avons énumérés.

L'étude de l'action paulienne donne à M. R. Garraud l'occasion de préciser la distinction qui, à son sens, doit être faite entre la déconfiture et l'insolvabilité. « Quand je rattache l'art. 1167 à la déconfiture du

(1) C'est l'opinion des auteurs dont nous exposons le système. La Jurisprudence depuis 1892 décide que les efferts de la déconfiture ne se produisent pas de plein droit. Voyez notre chapitre III.

débiteur, écrit-il, je sens le besoin d'expliquer ma pensée ; car, le droit pour les créanciers d'attaquer les actes faits par le débiteur naît de l'*insolvabilité* elle-même, qu'occasionne, ou tout au moins augmente, l'acte dont ils demandent la révocation, et non de la *déconfiture* qui révèle cette insolvabilité. Ce que je veux dire, c'est que tant que la situation du débiteur n'est pas connue, tant que la déconfiture n'est pas déclarée, l'insolvabilité, fait immatériel qui résulte d'un rapport secret entre l'actif et le passif, ne peut donner ouverture à l'action des créanciers ; mais, quand l'insolvabilité sera extérieurement manifestée, alors, elle produira rétroactivement son effet révocatoire, à compter du jour ou le passif aura dépassé l'actif ; ce sera à la date de l'insolvabilité que les créanciers pourront remonter pour rechercher les actes que leur débiteur déconfit aurait faits en fraude de leurs droits [1] ».

Après avoir défini la déconfiture : manifestation de l'insolvabilité, les auteurs en étudient longuement les effets. Nous ne les suivrons pas dans cette voie, car elle ne les conduit pas à l'énoncé du problème de la faillite civile, Il suffit de constater avec eux que ces effets sont secondaires. Plus intéressante, du point de vue auquel nous nous sommes placés, est la suite de leur raisonnement.

---

(1) R. Garraud *op. cit.* p. 194. Le savant professeur ajoute en note : (2) « C'est au point de vue de l'action Paulienne qu'il y a intérêt à distinguer l'*insolvabilité* de la *déconfiture* ». Mais si la déconfiture doit être distinguée de l'insolvabilité, *la preuve de la déconfiture* ne peut l'être de la *preuve de l'insolvabilité*. Pour justifier de l'une et de l'autre il faut et il suffit d'établir soit l'existence des signes externes, soit le résultat déficitaire de la discussion.

SECTION II.

Les rapports de la déconfiture et de la faillite selon la doctrine classique ; La notion de procédure d'insolvabilité ; Ce que les auteurs entendent par organisation de la déconfiture.

1. — A la déconfiture, disent les auteurs dont nous attachons à décrire le système, *correspond* la faillite[1]. La première est un concept civil, la seconde un concept du Droit commercial. Le Code civil les rapproche et fait produire à l'une et à l'autre les quelques mêmes conséquences que nous connaissons. L'état de faillite est constitué, en France tout au moins, par la cessation des payements c'est-à-dire par un certain nombre de faits d'inexécution suffisamment graves pour révéler au dehors ce mauvais état des affaires du commerçant, que la loi veut atteindre. Il y a une analogie entre les faits constitutifs de la cessation des

(1) Cette idée que la faillite commerciale *correspond* à la déconfiture et mérite de lui être comparée vient naturellement dans l'ouvrage de M. R. Garraud, qui est avant tout une étude de la déconfiture. Elle se rencontre aussi chez les auteurs qui après lui ont examiné la question de la faillite civile. Mais on s'attendrait à trouver sous leur plume une démonstration. Tout au plus indiquent-ils que la cessation des payements est une notion purement commerciale, qui transportée en Droit civil perdrait sa signification et son caractère. L'Introduction de M. Trancou est typique à cet égard. Le problème de la faillite civile s'y trouve posé brutalement, sous la forme de l'organisation de la déconfiture, sans aucune explication préparatoire, comme s'il était évident que la déconfiture correspond à la faillite et se trouve être aujourd'hui *la faillite civile non encore organisée*. Voici d'ailleurs les premières lignes de cette introduction: « La situation du commerçant ne faisant pas honneur à sa signature est définie et minutieusement réglée en France, par le livre III du Code de Commerce de 1807, modifié en 1838, et par différentes lois commerciales postérieures à cette date. Elle constitue l'état de *faillite* (art. 437 C. com.) Au contraire, la situation du *non-commerçant* se trouvant dans le même cas, qu'on s'accorde à désigner sous le nom de *déconfiture*, ne fait en France l'objet que de quelques dispositions éparses du Code civil ». Voyez cependant p. 29. — Nous nous contentons d'indiquer au texte les idées communes des auteurs (R. Garraud, Laurent, Dupin, Trancou, etc.) sans essayer de lier en un raisonnement serré ; en effet chacun les combine à sa manière.

payements et ceux constitutifs de la déconfiture : les uns et les autres sont des signes externes.

Mais, ajoute-t-on, la déconfiture suppose l'insolvabilité à l'inverse de la faillite, bien que, en fait, le failli soit le plus souvent un insolvable. La cessation des payements, évènement de nature commerciale, révèle l'état embarrassé du débiteur négociant. De la part d'un non-commerçant elle n'aurait pas cette signification. Le Code civil ne doit donc y attacher aucune conséquence légale[1]. Selon la doctrine classique *c'est seulement à l'insolvabilité et plus exactement à la déconfiture que le législateur peut faire produire les effets qui en Droit commercial découlent de la faillite* : déconfiture et faillite, sont deux situations différentes, mais sont susceptibles d'être régies par les mêmes règles.

2. — Or, poursuivent les auteurs, le Code de commerce, ayant *organisé* la faillite, soumet le négociant en état de cessation de payements à une procédure minutieusement réglée : collective et égalitaire. Toute poursuite individuelle de la part d'un créancier chirographaire étant désormais suspendue, l'obligé perd l'administration de son patrimoine, qui sera liquidé tout entier, à moins qu'un concordat n'intervienne, et dont le prix total produit par les ventes sera rigoureusement et nécessairement distribué au marc le franc entre tous les créanciers chirographaires, unis en une masse représentée par un syndic.

Si l'état de faillite ne suppose pas l'insolvabilité, la cessation des payements n'étant pas le signe absolument certain de la pénurie d'actif, la procédure de faillite par contre est, dit-on, le type des procédures d'in-

(1) R. Garraud *op. cit.*, p. 70 et passim.

solvabilité. Elle est construite en effet de telle sorte que le principe d'égalité entre créanciers chirographaires s'y trouve automatiquement respecté. Elle est la sanction de la règle édictée par le Code civil à l'article 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence[1] ».

Mais, continuent les auteurs, il n'existe pas de procédure civile d'insolvabilité, puisque le législateur n'a pas organisé la déconfiture : le principe d'égalité apparaît en Droit civil une règle vaine, dépourvue de sanction.

En effet, le débiteur insolvable dont l'état s'est manifesté par des signes externes non équivoques, *reste* encore exposé à l'exercice des voies d'exécution individuelles et aux poursuites séparées de ses créanciers. Chacun d'eux *conserve*, malgré la déconfiture, le droit de saisir un des éléments de l'actif, dont le produit à la vente publique se partagera entre les seuls saisissants. Chacun peut poursuivre en justice l'obligé déconfit et se munir ainsi, par l'effet de l'hypothèque judiciaire, d'un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers : le créancier le mieux averti ou le plus rapace vient primer celui qui, mal renseigné ou plus accomodant, n'a fait aucune diligence en vue d'obtenir un jugement de condamnation. Le payement est le prix de la « *course* », de la course à la saisie des meubles, de la course à l'hypothèque judiciaire sur les immeubles. Les premiers arrivés reçoivent l'intégralité de leur dû au détriment des derniers ; ceux-ci ne touchent qu'une

(1) R. Garraud *op. cit.*, p. 92 et 93. — Dupin, *op. cit.*, introduction.

fraction insignifiante des sommes qu'ils auraient perçues dans une distribution égalitaire.

Mais il y a plus. L'obligé déconfit reste à la tête de son patrimoine, tout comme s'il était encore solvable. Contracte-t-il de nouvelles dettes, les nouveaux créanciers auront les mêmes droits que les anciens ; ils auront même une situation meilleure si le débiteur leur a consenti un gage ou une hypothèque. Tout payement fait à l'un quelconque des créanciers est valable et définitif, même s'il absorbe tout l'actif. L'action paulienne ne permet pas d'obtenir la révocation de tels actes ; seules les aliénations peuvent être attaquées, à la condition toutefois qu'elles soient frauduleuses, et la loi met à la charge du demandeur le lourd fardeau de cette preuve difficile à l'encontre des tiers ; la révocation ne profite d'ailleurs qu'à celui qui l'a poursuivie. En résumé, quelle que soit leur diligence, les créanciers, remarque-t-on, sont à la merci de leur débiteur déconfit.

Et voici alors, après ce raisonnement, la question que posent les auteurs :

Doit-on admettre que l'adage : *Jura subveniunt vigilantibus, non dormientibus*, et la confiance accordée librement au débiteur non-commerçant par le créancier, suffisent à légitimer ces inconvénients de la loi civile ? Si l'on répond négativement, une nouvelle question apparaît : Quelle serait la réforme nécessaire ? Il faudrait *créer*, dit la doctrine classique, cette procédure d'insolvabilité inconnue en Droit civil, imitée dans sa *structure interne* de la procédure des faillites et liquidations judiciaires, *mais s'ouvrant à l'apparition des signes externes de l'insolvabilité*. Il faudrait « *organiser la déconfiture* ».

Envisage-t-on notre problème comme celui de l'extension au Droit civil des règles de la faillite, c'est, selon les auteurs, dans la déconfiture seule que ces règles pourraient-être transportées. L'envisage-t-on au contraire, comme celui des moyens légaux par lesquels serait instaurée l'égalité forcée entre tous les créanciers chirographaires d'un même *insolvable*, la seule solution possible, celle que l'on doive ou accepter ou repousser, consiste nécessairement, à leur avis, dans l'organisation de la déconfiture selon les règles de la procédure des faillites commerciales[1].

Ainsi se soudent chez eux les trois idées différentes qui sont à la base de leur système : extension de la faillite aux non-commerçants, principe d'égalité, organisation de la déconfiture. La dernière absorbe les deux autres. *L'énoncé* du problème de la faillite civile est pour eux : *Faut-il organiser la déconfiture ?*

Nous savions déjà ce que les auteurs dont s'agit, entendent exactement par déconfiture et comment ils la distinguent de l'état de simple insolvabilité. Nous venons de donner un premier aperçu de leur conception de « déconfiture organisée ». Il reste à la préciser. Cela est indispensable : de l'expression « organisation de la déconfiture », on a usé et abusé. Il importe d'en connaître le sens véritable sous la plume de ceux qui se rattachent à l'école classique en la matière, et dont M. R. Garraud est le représentant le plus autorisé. C'est en effet de cette conception uniquement que nous discuterons par la suite, non de celles qui, employant aussi la formule « organisation

(1) Jan, *La Faillite civile*, thèse, Paris 1921, p. 52, Position du problème.

de la déconfiture », prendraient l'un de ces deux derniers mots avec une signification large et nouvelle[1].

3. — Les divers systèmes proposés par la doctrine considérée diffèrent assurément les uns des autres. Mais leurs traits essentiels sont les mêmes. Il existe un minimum d'organisation de la déconfiture sur lequel tous les auteurs sont d'accord, estimant d'ailleurs que les points controversés intéressent seulement le détail de la réforme et constituent autant de questions accessoires dont la solution ne peut changer ni la *nature*, ni le *mécanisme* de l'institution principale. C'est ce système réduit à ses éléments substantiels que nous allons décrire ; nous marquerons ensuite les questions discutées.

La procédure d'insolvabilité civile s'ouvrirait par un jugement déclaratif, valable *erga omnes*, rendu par le tribunal civil, sur la constatation par lui faite des signes externes de la pénurie. Cette décision serait publiée et emporterait les effets suivants : interruption des poursuites individuelles, nullité des inscriptions de droits réels prises postérieurement à la date du jugement de déconfiture, déchéance du terme et, enfin, dessaisissement pour le débiteur de l'administration de ses biens. L'ensemble des créanciers forme une masse, représentée par un syndic. Celui-ci liquide l'actif, selon des règles analogues aux dispositions spéciales de la

(1) Par exemple : le mot *déconfiture* avec le sens d'insolvabilité en général ou d'insolvabilité présumée ou probable mais non certaine, ou encore avec le sens de concours de plusieurs créanciers sur les biens du débiteur quel que soit son état ; et le mot *organisation*, dans le sens de règlementation spéciale purement civile sans emprunt aux règles de la procédure des faillites comme serait notamment un système qui se bornerait à instituer une simple publicité dans les journaux à la suite de toute saisie infructueuse et avant la clôture de la contribution du Code de procédure civile.

loi commerciale. Les sommes provenues des ventes sont distribuées rigoureusement au marc le franc, entre tous les créanciers chirographaires existants au jour du jugement déclaratif.

La déconfiture organisée serait donc bien une *voie de liquidation* collective et égalitaire semblable à la procédure de faillite commerciale mais ayant une tout autre cause d'ouverture. C'est en ce sens quelle mérite le nom de faillite civile. La réforme ainsi comprise, remarquons-le, ne toucherait pas aux voies d'exécution du Code de procédure civile, dont l'étude, l'appréciation critique et les améliorations possibles selon leurs principes propres, restent en dehors du débat.

Les auteurs examinent ensuite quelques questions, d'ordre secondaire à leur sens. Faudrait-il prévoir une période suspecte et par suite annuler certains actes antérieurs au jugement déclaratif, ou bien suffirait-il de perfectionner le système de l'action paulienne ? D'autre part la loi devrait-elle prévoir un concordat simple de majorité et un concordat par abandon d'actif ? Par ailleurs, serait-il utile de frapper de déchéances politiques ou civiques le débiteur déclaré déconfit, et à l'inverse d'instituer une procédure de faveur dans le cas où l'obligé aurait sollicité lui-même la liquidation collective. Enfin, à l'imitation encore de la loi commerciale, conviendrait-il de créer une banqueroute civile entraînant des peines correctionnelles ou criminelles[1] ?

(1) A ces questions les auteurs répondent diversement, mais font preuve en général de timidité. M. R. Garraud (p. 268 et suiv.) propose une banqueroute civile, mais repousse l'idée d'un concordat de majorité et celle d'une période suspecte. Par contre Laurent admet banqueroute, période suspecte et concordat. La proposition Bender à trait à une réforme réduite à son strict minimum.

Si sur ces points de graves désaccords existent parmi les partisans de la doctrine classique, l'unanimité s'est faite entre eux autour de cette idée : le problème de la faillite civile concerne les *successions* aussi bien que les débiteurs vivants[1]; lorsque l'insolvabilité apparaît après le décès de l'obligé il y a lieu d'organiser la liquidation collective et égalitaire de son patrimoine.

Mais, quel que soit l'intérêt pratique de la question, nous n'entrerons pas dans le détail des systèmes de déconfiture posthume proposés par les auteurs. A notre sens en effet, comme nous l'expliquerons, il est indispensable de séparer soigneusement le cas où l'obligé est vivant du cas où il est décédé. Aussi bien renvoyons nous à plus tard[2] tout ce qui a trait à cette dernière hypothèse.

Nous ne l'envisagerons pas par conséquent dans les deux chapitres qui suivent. De ces chapitres, l'un sera une introduction historique utile. Nous y montrerons que l'ancien Droit n'a point connu la théorie des signes externes et qu'il n'admettait pas que l'insolvabilité pût se prouver autrement que par la discussion parachevée du patrimoine. Notre second chapitre, après avoir décrit comment la jurisprudence a construit de toutes pièces la notion nouvelle de déconfiture, notion très critiquable déjà en ce qui concerne les effets restreints de l'insolvabilité dans le Code civil, essayera d'établir que pareille déconfiture n'est pas susceptible d'être « organisée », c'est-à-dire n'est pas susceptible de devenir la cause d'ouverture d'une faillite civile.

---

(1) R. Garraud, p. 273 et suiv.

(2) Titre deuxième, chapitre III, section III.

CHAPITRE II

De la Déconfiture dans l'Ancien Droit coutumier

L'institution proprement appelée « déconfiture ». — Les effets de la déconfiture moderne ; à quels principes nos anciens auteurs les rattachaient.

Comme le mot faillite[1], le mot déconfiture[2] est une métaphore ; et c'est le propre des expressions qui font image de revêtir dans la langue littéraire, souvent même dans la langue juridique, un sens changeant et indécis.

Aussi, devrait-on entendre, aujourd'hui, par déconfiture, à parler strictement, non pas l'insolvabilité en général, mais cette insolvabilité manifestée par des signes externes non équivoques, il faudrait bien se garder de transporter une telle notion dans l'ancien Droit. Il est tout au moins nécessaire d'examiner soigneusement la signification avec laquelle le mot est employé par les jurisconsultes et les textes coutumiers.

Les auteurs modernes[3], nous le savons, ont déduit

---

(1) Faillite, de *fallere :* tromper.

(2) Déconfiture, de *deconfitura* (bas latin) : ruine complète ; ou de *confi-cere* : ruiner ; ou encore de *decoquere*, cuire, se ruiner (Cicéron, Philip., 2. 18) Voyez Garraud, *op. cit.*, p. 5, note 2. Conf. Brodeau, *Commentaire sur la Coustume de la Prévosté et Vicomté de Paris*, 1658, T. II, art. 179-180, n° 1.

(3) R. Garraud, *op. cit.*, p. 65 ; Dupin, *op. cit.*, p. 18 et s.

du rapprochement des définitions données par Loysel et par Ferrière, que l'expression avait eu dans l'ancien Droit et dans le même temps deux sens juridiques distincts, et que seule la formule de Ferrière se rapportait à cette institution proprement appelée déconfiture, laquelle, expressément prévue par les Coutumes, apportait une heureuse limitation au privilège du premier saisissant. Telle n'est pas notre opinion ; car à suivre jusqu'au bout celle de la doctrine classique on aboutit à un impasse : on chercherait vainement dans les textes les effets légaux d'un état de déconfiture autre que l'état dont parle Ferrière après la Coutume de Paris.

Selon nous, comme nous le montrerons, les formules de Ferrière et de Loysel ont trait toutes deux à l'institution nommée déconfiture dans l'ancien Droit et dont l'effet principal, nous ne disons pas unique, tendait à assurer légalité forcée entre tous les créanciers chirographaires *ayant participés à une même saisie mobilière*. On verra que la Coutume ne distinguait pas la déconfiture de l'insolvabilité et qu'elle ignorait le système de la preuve par signes externes de la pénurie.

Et cela fera l'objet de notre première section. Dans la seconde, nous établirons que les effets légaux de la déconfiture moderne ne découlaient pas sous l'ancien Droit d'un principe commun. Les uns, la dissolution de la société par exemple, étaient la conséquence de la *pauvreté* qui ne suppose pas l'insolvabilité. Les autres, tels que la déchéance du terme, provenaient bien de l'insolvabilité elle-même et dataient du jour de cette insolvabilité, mais la Coutume dispensait les intéressés d'établir, antérieurement à la discussion générale du patrimoine, l'infériorité de l'actif.

SECTION I.

L'institution proprement appelée déconfiture ; La caution des premiers saisissants ; La règle 687 des « Institutes Coutumières »

§. I. — *L'institution coutumière appelée déconfiture ; son histoire ; définition de l'état de déconfiture.*

Le prix provenu de la vente forcée d'un meuble est aujourd'hui distribué par *contribution* entre les créanciers chirographaires saisissants : chacun reçoit une part proportionnelle à sa créance, si le produit de l'exécution ne suffit pas à les désintéresser tous. Il importe peu que le débiteur soit solvable ou insolvable et que le reste de ses biens disponibles puisse ou ne puisse pas remplir de leurs droits les saisissants des meubles présentement considérés ; la distribution a lieu toujours au marc le franc[1].

1. — Fort différent était le système du Droit coutumier. Si le Droit écrit connaissait déjà notre règle moderne, les coutumes l'ignoraient très généralement[2].

(1) Art. 656 C. proc. civ. ; le Code civil avait déjà supprimé par prétérition le privilège du premier saisissant.

(2) Ferrière, *Corps et compilations de tous les commentaires anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, 1714, t. II, art. 179 : « cette contribution est si favorable et si équitable, qu'elle a été étendue aux autres coutumes qui n'en disposent point, par arrêt donné aux Grands Jours de Lyon l'an 1596. Elle n'a point lieu dans les païs de Droit écrit, comme dans le Lyonnais, en cas de faillite et de déconfiture, parce que selon le Droit Romain les biens du débiteur tant meubles qu'immeubles se distribuent entre ses créanciers chirographaires, au sol la livre, sans qu'en aucun cas la contribution ait lieu ». On le voit, la déconfiture donnant ouverture à la contribution, les deux mots étaient devenus synonymes. — L'art. 165 de l'*Ordonnance de 1629* dispose ainsi qu'il suit : « La déconfiture entre les créanciers sur les meubles d'un débiteur insolvable sera dorénavant générale par tout notre royaume, et au dit cas, viendront les dits créanciers sur les dits meubles à contribution au sol la livre, sans préjudicier à ceux qui auront privilège particulier sur les dits meubles ».

Le principe est que les créanciers chirographaires sont payés selon la date de leurs saisies sur les meubles dont s'agit, ou plutôt, sauf pour le premier saisissant, selon la date de leurs oppositions, car la règle : *saisie sur saisie ne vaut*, existe déjà. Le premier saisissant est préféré à tout autre créancier, le premier opposant au second opposant et ainsi de suite[1]. « *Le créancier qui fait premier saisir valablement, ou prendre par exécution aucuns meubles appartenant à son débiteur, doit être le premier payé* » stipule l'article 178 de la coutume de Paris[2].

Il y a cependant exception au principe et le privilège du premier saisissant disparaît au cas de déconfiture, ainsi qu'il est porté à l'article 179 : « *Toutefois au cas de déconfiture chacun créancier vient à contribution au sol la livre sur les biens meubles des débiteurs. Et il n'y a point de cause de préférence ou prérogative, pour quelle cause que ce soit ; encore qu'aucun des créanciers eut fait premier saisir*[3] ».

---

(1) Ferrière, *Corps et Compilations* (op. cit.), art. 178, Glose unique, § 12 : « Après que le premier saisissant est payé sur les meubles par lui saisis, le premier opposant est payé ensuite par préférence au second opposant, et ainsi des autres ensuite, au cas que le débiteur soit solvable, car autrement la contribution aurait lieu, suivant l'art. 179 ».

(2) *Coutume d'Orléans, art. 447* : « Meubles n'ont point de suite par hypothèque, en manière que celui des créanciers qui fait ses diligences par exécution ou arrêt sur les meubles de son débiteur est à préférer à tous créanciers postérieurs en diligence, supposé qu'ils fussent précédans en hypothèque : sinon qu'il y ait déconfiture, ou privilège ».

(3) *Coutume d'Orléans, art. 448* « Et au dit cas de déconfiture, chaque créancier vient à contribution au sol la livre, sur les biens meubles du débiteur. Et n'y a préférence pour quelque cause que ce soit, encore qu'aucun des créanciers eut fait premier saisir ». — Ces dispositions s'appliquent non seulement en matière de saisie de meubles corporels, mais encore en matière de saisie-arrêt : (Ferrière, *Corps et Comp.* art. 178, Glose unique, § 13 ; Domat : *Loix civiles*, première partie, L. 4., T. 5, sect. II, de la déconfiture). Sur les immeubles il en est de même entre les créanciers chirographaires, v. Loysel, *Instit. Cout.*, règle 685.

2. — Cet article se trouvait déjà dans la première rédaction de la Coutume, où il portait le numéro 196. La règle est ancienne en effet, mais moins ancienne que le privilège du premier saisissant, lequel est d'origine germanique.

A l'époque de Beaumanoir, la distribution du prix des meubles se fait au sol la livre uniquement dans le cas de la cession de biens, institution venue du Droit romain[1]. Cependant, par étapes successives l'idée d'égalité va l'emporter peu à peu.

La règle 685 des *Institutes coutumières* de Loysel est ainsi rédigée : « En déconfiture, tous créanciers viennent à contribution au sol la livre sur les meubles et les chirographaires et scéduliers sur les immeubles ». Et Eusèbe de Laurière, qui a écrit des notes sous Loysel, indique que « cette règle a été prise de l'art. 153 des *Coutumes notoires jugées au Chatelet de Paris*, qui se trouve transcrit mot pour mot dans le Chapitre 27 du Livre II de l'auteur du *Grand Coutumier* ». Or, selon cet ouvrage[2], il y a déconfiture « *quand aucun n'a nuls biens fors ceux qui sont mis à exécution* »

Pour que le privilège du premier saisissant soit écarté, il faut donc dans ce système que la saisie infructueuse dont s'agit ait porté sur la totalité des

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, chap. 34, n° 52 et chap. 54 n° 6. Nous pensons qu'à la fin du 13e siècle le privilège du premier saisissant disparaît seulement dans le cas de la cession de biens, car Beaumanoir très ferme sur le principe ne donne que cette exception. Cependant M. R. Garraud (op. cit., p. 61) écrit : « Déjà à l'époque de Beaumanoir, le premier saisissant avait bien un droit de préférence, mais la déconfiture du débiteur le lui enlevait ».

(2) Le *Grand Coutumier* a été écrit par Jacques d'Ablèges vers 1380, (Ed. Laboulaye et Dareste). Voyez aussi : De l'exécution des lettres, II., 15: « et qu'il n'y a d'autres biens ».

biens non encore saisis, en un mot qu'elle soit la dernière des exécutions entreprises contre le débiteur. Tout le patrimoine est alors passé, en détail, entre les mains des créanciers ; la situation offre quelque analogie avec celle de la cession de biens ; c'est pourquoi le droit plus fort du premier poursuivant est supprimé, mais dans cette dernière saisie seulement : il a joué dans les précédentes et ses effets y demeurent intangibles.

Ainsi comprise, la déconfiture suppose l'insolvabilité. Il n'y a cependant déconfiture que, lorsque pour achever la discussion du patrimoine tout entier, il reste seulement à distribuer le produit insuffisant de la dernière saisie. D'où l'insolvabilité ne peut être prouvée que par la vente des biens ; le fait que la discussion est déficitaire est, pour parler comme les modernes, à la fois le signe de la pénurie et un élément constitutif de la déconfiture.

Une pareille solution, évidemment très étroite, a été recueillie par les rédacteurs de certaines coutumes, comme celle de Clermont[1]. Les Coutumes de Paris et d'Orléans témoignent d'une évolution nouvelle. Leur système, qui sera celui du Droit commun coutumier, fait au privilège du premier saisissant une brèche beaucoup plus considérable. A vrai dire, les anciennes rédactions posent seulement le principe, sans définir la déconfiture ; mais les rédactions nouvelles sont très explicites. Selon les articles 180 de la Coutume de Paris et 449 d'Orléans, « *le cas de déconfiture est*

(1) *Coutume de Clermont*, Tit. VI, art 59 : « Y a différence entre le cas de déconfiture et le cas de simple exécution, car le cas de déconfiture est quand aucun n'a d'autres biens fors ceux qui sont privés par exécution ».

quand les biens, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparens[1] ».

3. — La contribution s'ouvrira si deux conditions sont remplies ; il faut en premier lieu que la saisie dont s'agit n'ait point assez produit pour désintéresser les créanciers qui l'ont poursuivie ; il faut de plus que la totalité de l'actif non encore saisi ait une valeur inférieure à la somme des créances exercées[2]. Ces deux conditions se réduisent en une seule : le débiteur doit être insolvable.

Les opposants sont donc tenus de justifier de la pénurie pour que la distribution soit égalitaire. Deux questions se posent que nous examinerons successivement : Jusqu'à quel moment de la procédure de saisie les créanciers peuvent-ils invoquer la déconfiture de l'obligé commun ? Par quels moyens feront-il la preuve de l'insolvabilité ?

« La contribution peut se demander, écrit Brodeau, tant que les choses sont entières, c'est-à-dire, jusqu'à ce que les meubles soient vendus et les deniers touchez par le créancier saisissant ; de sorte quelle a lieu mesme après un arrest donné entre le débiteur et le créancier qui luy adjuge la somme, avant le payement

(1) Boutillier (*Somme rurale*, éd. Charondas le Caron, I, 46) écrivait déjà à la fin du 14e siècle : « Contribution, qui ruralement entre les lois est appelée cas de déconfiture, est quand il advient qu'une personne est obligée et endettée envers tant de créanciers, qu'à satisfaire chacun de ce qui lui est dû, le vaillant de l'obligé ne pourrait suffire ». — Conf. Coutume de Reims, tit. 16, art. 396. — Normandie, art. 582. — Cambrai, art. 25 et 39. — Senlis, tit. 15, art. 191.

(2) On ne tient compte en effet que du passif produit à la saisie considérée, c'est-à-dire des créances du premier saisissant et des opposants, qui sont ceux que la coutume appelle les « créanciers apparens ». Conf. *Grand Coutumier*, de l'exécution des lettres, II, 15 : « si les autres créanciers s'apperent et opposent ».

et délivrance de laquelle, un autre créancier se présente, qui demande la contribution, en conséquence de l'insolvabilité du débiteur commun, ce que j'ay veu ainsi juger par plusieurs arrests....[1] ». Le créancier doit donc former son opposition et invoquer la déconfiture avant l'achèvement de la procédure de saisie, sinon les premiers saisissants sont définitivement payés par privilège.

On comprend alors tout l'intérêt de notre seconde question : Comment les opposants vont-il faire la preuve de la déconfiture ? On remarquera en effet que la saisie considérée est peut-être la première des exécutions forcées entreprises sur les biens du débiteur, si la discussion du patrimoine commence à peine. Exiger dans ces conditions, de la part des créanciers intervenus tardivement, la preuve mathématique de la pénurie par les résultats de la vente publique de tous les biens, apparaît injuste. Ce serait, semble-t-il, limiter arbitrairement les effets de la déconfiture. Aussi bien dira-t-on, il suffira d'une justification indirecte ; les opposants obtiendront la contribution, si, par un moyen quelconque propre à entraîner la conviction du juge, ils établissent l'existence de l'insolvabilité.

Et pourtant, tout autre était le système du Droit coutumier ; les intéressés doivent prouver l'insolvabilité par la discussion du patrimoine ; nos Coutumes n'ont reconnu aucune valeur aux « signes externes ».

Les définitions de la déconfiture données par nos anciens jurisconsultes, réserve faite de celle de Loysel que nous aurons plus tard à expliquer, sont formelles

(1) Brodeau, *Commentaires*, op. cit, T. II, art. 179-180, n° 7. Conf. Ferrière, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la Prévoté et Vicomté de Paris*, art. 180. : « avant la vente et l'exécution parfaite ».

en effet. Nous connaissons déjà les expressions de Ferrière à son Dictionnaire[1]. « Déconfiture, écrit-il dans un autre de ses ouvrages, *Corps et Compilations,* sous l'art. 180, est quand un débiteur n'a pas de biens suffisants pour satisfaire à ses créanciers, soient meubles ou immeubles, au quel cas le débiteur est déconfit, c'est-à-dire, ruiné et insolvable, *après une discussion générale de tous ses biens, tant meubles qu'immeubles* ».

Brodeau disait déjà : « déconfiture, qui est lorsque le débiteur est déconfit, c'est-à-dire ruiné et insolvable, et que ses biens, tant meubles qu'immeubles, par une *discussion générale,* comme au cas du gage Prétorien des Romains, ne suffisent pas aux créanciers apparens[2] ».

La déconfiture coutumière, c'est donc l'insolvabilité prouvée par la saisie et par la vente de tous les biens. Mais si les intéressés doivent *demander* la contribution et *invoquer* la déconfiture avant l'achèvement de la procédure d'exécution portant sur les meubles considérés, ils ne sont pas obligés de justifier de l'insolvabilité avant l'époque où la preuve en sera possible, c'est-à-dire avant que la discussion du patrimoine soit terminée. En effet, comme nous allons le montrer, il suffit que lors de la saisie ils *allèguent* l'existence de l'insolvabilité pour que leur droit à la distribution égalitaire soit immédiatement sauvegardé.

---

(1) Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, v. déconfiture « Il faut pour qu'il soit constant qu'un homme soit déconfit et insolvable, que tous ses biens tant meubles qu'immeubles, aient été saisis et vendus publiquement, et que le prix qui en est provenu, soit insuffisant pour payer les créanciers saisissants ou opposants ».

2) Brodeau, *op. cit.*, art. 179-180.

§. **II.** — *La caution des premiers saisissants ; le mécanisme de l'institution.*

1. — L'article 180 de la Coutume de Paris est ainsi rédigé dans sa deuxième partie : « *et si pour empêcher la contribution se meut différend entre les créanciers apparens, sur la suffisance ou insuffisance des dits biens, les premiers en diligence qui prennent les deniers des meubles par eux arrêtés, doivent bailler caution de les rapporter, pour être mis en contribution, au cas que les dits biens ne suffisent*[1] ».

Et voici le commentaire que donne Bourjon de cet article. « Il (le privilège du premier saisissant) cesse lorsqu'il y a déconfiture. Voyons ce que c'est que la déconfiture légale. La déconfiture est bien l'état d'impuissance du débiteur ; mais elle ne se présente pas tant que le débiteur est en possession de ses meubles et qu'il ne sont pas saisis et exécutés sur lui[2]. Cependant le décès du débiteur et une apposition de scellés font présomption de déconfiture : c'est l'exception[3]. Quoique les meubles ne soient pas saisis et exécutés[4]; si les créanciers saisissants[5] soutiennent qu'il y a

(1) Nous rappelons le début du texte : « Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparens ».

Les « dits biens » dans la deuxième partie de l'article, c'est donc l'ensemble du patrimoine. Conf. art 449 Coutume d'Orléans, dont la rédaction est presque identique.

(2) Ce qui veut dire : tant que la discussion générale n'a pas eu lieu. Bourjon ne parle pas des immeubles car le prix en est le plus souvent absorbé par les créanciers hypothécaires, fort nombreux sous l'ancien Droit.

(3) Voilà donc les seuls « signes externes » que le Droit coutumier ait reconnus. Nous n'insistons pas sur cette hypothèse, puisque dans le présent chapitre nous supposons l'obligé vivant.

(4) C'est-à-dire tout le patrimoine discuté.

(5) Ceux qui ont saisi le lot de meubles dont il s'agit de distribuer le prix.

déconfiture, le premier saisissant ne touche qu'en donnant caution de rapporter, si par *l'évènement* il y a déconfiture ; c'est la charge que la Coutume attache à l'exercice de son privilège ;.... et c'est la disposition de l'art. 180 de la Coutume[1] ».

2. — Prenons un exemple afin de mieux comprendre le mécanisme de l'institution.

Un des meubles du débiteur est saisi par l'un de ses créanciers. D'autres créanciers interviennent, par des oppositions successives, à la procédure. Normalement la distribution doit se faire selon la date des interventions. Par conséquent si la saisie est déficitaire, ce que nous supposons, les opposants dont les exploits sont par trop tardifs ne toucheront rien.

Au contraire, s'ils prouvent que tous les biens non encore exécutés, meubles et immeubles, ont une valeur inférieure à leur créances, ils feront tomber le privilège des premiers saisissants et seront payés concuremment avec eux par contribution au sol la livre.

Mais cette preuve, nous le savons, ils ne peuvent la fournir tout de suite parce que la discussion n'est pas achevée et commence peut-être à peine. D'autre part il est nécessaire que les premiers saisissants ne touchent pas purement et simplement les deniers, sans

(1) Bourjon, *Droit commum de la France*, 2e éd. 1770, T. II, p. 675, n° XXXI et suivants.

Conf. Ferrière *Corps et Compilations*, op. cit., art 180: « Mais quoiqu'un ou plusieurs des créanciers allèguent l'insolvabilité du débiteur, les meubles saisis, exécutez et vendus ne sont pas pour cela mis à contribution, autrement il n'y aurait qu'à alléguer ce moyen pour empêcher le droit et le privilège du premier saisissant ; c'est pourquoi, comme il n'est pas constant d'abord, si l'insolvabilité alléguée est véritable ou non, ..., si le débiteur se trouvait par l'évènement insolvable ».

quoi tout serait fini. La Coutume a apporté une solution très heureuse à ce problème délicat. Elle distingue deux hypothèses.

La première ne soulève aucune difficulté : tous les saisissants et opposants sont d'accord sur la solvabilité ou l'insolvabilité du débiteur. Alors, suivant le cas, ou bien la répartition se fait d'une manière définitive par rang d'exploits, ou bien l'ouverture de la contribution est immédiate.

On conçoit facilement qu'une pareille entente entre tous les poursuivants sera chose exceptionnelle. L'hypothèse normale est celle dans laquelle les premiers saisissants prétendent que l'obligé est solvable, tandis que les opposants derniers en date affirment l'insuffisance de ses biens. Un « différend » naît ; la Coutume décide que le juge ne le tranchera pas aussitôt. On attendra que la discussion du patrimoine soit achevée. Les premiers saisissants seront payés par privilège, mais en donnant caution de rapporter les deniers, si l'évènement démontre l'existence de l'insolvabilité au jour de la saisie, afin qu'ils soient alors distribués à nouveau et par contribution. On ne saurait douter que tel soit le sens de l'art. 180 de la Coutume de Paris. Le passage de Bourjon que nous avons cité est très net ; et il n'est d'ailleurs point d'autre manière d'expliquer les nombreux textes qui, parlant de la déconfiture, affirment qu'elle doit être prouvée par la discussion du patrimoine.

Le système de la Coutume consiste bien à reporter dans un certain avenir la preuve de l'insolvabilité, mais à faire remonter les effets de la déconfiture jusqu'au jour où elle a été alléguée, encore bien qu'à cette date-là les intéressés n'eussent pas été en mesure

de l'établir parce que l'infériorité de l'actif au passif n'était pas tangible.

Deux conséquences des plus heureuses découlent de cette conception. D'une part la preuve de la pénurie ne soulève aucune difficulté : les opposants produiront les pièces justifiant que les saisies postérieures ne les ont pas remplis de leurs créances. D'autre part toutes les saisies déficitaires, mêmes les premières, peuvent être suivies d'une distribution égalitaire entre ceux qui y ont participé, si les opposants ont pris la précaution d'alléguer la déconfiture et de formuler cette simple affirmation qui suffit à sauvegarder leurs droits.

3.— On ne peut donc manquer d'admirer le mécanisme de cette institution et de le reconnaître très supérieur à celui qui aurait pour fondement la théorie des signes externes de l'insolvabilité. Imposer aux intéressés, sous peine de perdre leur part dans le produit de la vente, l'obligation d'établir immédiatement la pénurie, c'eût été mettre à leur charge une preuve souvent difficile et maintenir le privilège du premier saisissant chaque fois que l'insolvabilité, pourtant réelle, n'est pas encore manifeste au moment de la saisie[1].

Quoi qu'il en soit, la déconfiture coutumière à partir du XVI[e] siècle n'est pas autre chose que l'insolvabilité

(1) Plus simple encore est, évidemment, le système de notre Droit moderne : la contribution s'ouvre si la saisie considérée est infructueuse, sans qu'il y ait à prouver l'insolvabilité. Le privilège du premier saisissant a disparu (art. 2093 C. civ., art. 656 C. proc. civ.). On remarquera qu'une saisie déficitaire n'est pas un signe non équivoque de la pénurie et que par conséquent il y a lieu à distribution au marc le franc même dans le cas où le débiteur est solvable. Le meilleur moyen d'assurer l'égalité entre les créanciers d'un insolvable est encore celui qui consiste à *imposer la distribution égalitaire en toute hypothèse, sans distinguer selon que l'actif total dépasse ou non le passif.*

pure et simple et ne saurait être distinguée de celle-ci. Lorsque les auteurs donnent le nom de déconfit au débiteur dont tous les biens ont été saisis et vendus et qui, malgré ce, doit encore à ses créanciers, ils ne veulent pas dire que la notion de déconfiture est plus étroite que la notion d'insolvabilité ; ils entendent marquer seulement que l'infériorité de l'actif doit être prouvée par la discussion du patrimoine. « *On appelle déconfiture,* écrit Domat, *cet effet de l'insolvabilité du débiteur qui fait que ses biens sur lesquels ses créanciers n'ont ni privilège ni hypothèque, se distribuent de cette manière* », c'est-à-dire par contribution[1].

Mais il nous reste à expliquer la formule de Loysel, au premier abord fort différente, puisqu'elle définit la déconfiture « *l'apparence notoire* » de l'insolvabilité.

§. **III.** — *La règle 687 des « Institutes Coutumières » ; comment elle se concilie avec les autres définitions de la déconfiture.*

« Déconfiture est quand le detteur fait rupture ou « faillite, ou qu'il y a *apparence notoire* que ses biens, « tant meubles qu'immeubles, *ne suffiront pas* au « payement de ses dettes ».

Si on laisse de côté la partie de la règle qui a trait au cas de rupture ou de faillite[2], une première

(1) Domat, *Loix civiles.* première partie, L. 4, T. 5, section II, de la déconfiture. Conf. les diverses définitions que nous avons citées et notamment le fameux passage de Ferrière « Il faut pour qu'il soit *constant* qu'un homme soit *déconfit et insolvable*..... »

(2) A notre avis, le mot faillite (rupture) est pris par Loysel dans son sens technique, voisin du sens moderne, et non avec la signification de ruine en général ou de désordre des affaires. La faillite est au 16e siècle en Droit coutumier un cas particulier de la déconfiture (Brodeau, op. cit., art. 180, n° 6).

remarque s'impose : il est peut-être très osé d'entendre l'expression « apparence notoire » dans le sens d'insolvabilité manifestée par des signes externes, tels que la multiplicité des saisies ou la fuite du débiteur. Dût-on admettre par conséquent, que la règle de Loysel diffère des formules habituelles données par nos anciens jurisconsultes, il y aurait quelque artifice à y voir la définition de cette déconfiture dont parle aujourd'hui la doctrine.

Mais nous montrerons sucessivement que le passage en question des « Institutes coutumières » se rapporte à la déconfiture prévue par les art. 179 et 180 de la Coutume de Paris, ensuite que les expressions de Loysel sont parfaitement conciliables avec celles des autres jurisconsultes.

1. — Sur le premier point, aucun doute n'est possible, si l'on replace la phrase de Loysel dans son contexte. Elle forme la règle 687. Il est certain que le mot déconfiture y a le même sens que dans la règle 685, que nous connaissons déjà : « En déconfiture, tous les « créanciers viennent au sol la livre sur les meubles et les chirographaires et scéduliers, sur les immeubles ». Celle-ci provient du Grand Coutumier, celle-là qui nous occupe a une origine que nous n'avons pu découvrir. Mais il est évident qu'elle tient la place de la définition que donnait l'auteur du Grand Coutumier, selon lequel il y a déconfiture « quand aucun n'a nuls biens fors ceux qui sont mis à exécution » ; Loysel y substitue une formule plus récente, plus large, qui témoigne de l'évolution qui s'est faite. D'ailleurs, Eusèbe de Laurière dans sa note sous la règle 687 dont s'agit, renvoie

expressément à l'article 180 de la Coutume de Paris, tout comme sous la règle 685.

La déconfiture dont parle Loysel est donc bien celle, exactement, que nous avons étudiée et dont l'effet est la distribution sans privilège de diligence.

D'autre part on chercherait vainement, soit sous la plume des jurisconsultes, soit dans les textes des Coutumes ou des Ordonnances, une trace quelconque d'une déconfiture différente. On a voulu citer[1] il est vrai, la *Déclaration du 20 juin 1784* et les *Lettres patentes du 11 avril 1786*, mais le mot « contribution » figure dans leur texte[2].

A moins de reconnaitre que la règle 687 n'a aucune portée, ce qui est inadmissible, il est donc nécessaire que nous concilions ses termes avec ceux de l'art. 180 de la Coutume de Paris et ceux dont usent Ferrière et l'unanimité des jurisconsultes.

---

(1) Dupin, *op. cit.*, p. 20, note.

Conf. R. Garraud, *op. cit.*, p. 65 « Si le mot n'est plus (aujourd'hui) employé dans l'acceptation spéciale et restreinte que notre ancien Droit lui avait donné, en matière d'exécution forcée et de contribution, il conserve le sens de l'acceptation plus large, dans lequel il était pris parfois par nos vieux auteurs et nos anciennes ordonnances, et nous pouvons, en tête de la partie pratique de ce travail, reproduire, sous le bénéfice de certaines observations, la définition coutumière que nous donnait Loysel de la déconfiture ».

(2) On trouvera le texte de la *Déclaration du 20 juin 1784* et des *Lettres patentes du 11 avril 1786* au Recueil d'Isambert et dans Renouard, *Traité des faillites*, première partie, chap. III, p. 112 et 113. Nous reproduisons des passages significatifs de la *Déclaration de 1784* : « Nous avons été informés qu'en vertu des lois et usages subsistant dans différents états du corps helvétique et de ses coalliés, il est fait, dans le cas de faillite ou de *déconfiture*, une différence entre les créanciers français et ceux originaires des dits états..... dans le canton de Schaffouse où..... plusieurs de nos sujets..... ont été exclus de la *contribution* ». Ce texte entend donc bien par déconfiture l'état du débiteur qui donne lieu à la contribution ; le mot est bien pris dans le sens propre et spécial avec lequel l'emploie l'art. 180 de la Coutume de Paris (Isamb. t. XXVII, p. 423). Voyez aussi la *Déclaration du 22 février 1777*, relative à l'Inde. (Isamb. t. XXIV, p 345).

2. — Relisons attentivement le texte de Loysel : « *apparence notoire que ses biens*, tant meubles qu'im- « meubles, *ne suffiront pas.* » Tout s'explique si l'on veut bien lire : apparence notoire que la *discussion* du patrimoine *sera* déficitaire.

Nous n'ajoutons rien aux expressions de Loysel ; nous les prenons à la lettre. On y ajoute au contraire si on y voit, comme les auteurs modernes, une allusion à la manifestation de l'insolvabilité par l'un quelconque de ces signes externes, qui, comme la multiplicité des saisies et la fuite du débiteur sont des preuves *indirectes* de la pénurie. Et voici exactement la signification que nous donnons à la règle 687 : les opposants doivent établir la déconfiture, c'est-à-dire l'insolvabilité pure et simple, afin que s'ouvre la contribution ; le seul mode de preuve est la discussion entière et parachevée du patrimoine ; toutefois il est des hypothèses où, avant même la saisie et la vente des biens restants, il apparaît avec certitude que ces facultés encore disponibles ne couvrent pas le passif[1] ; ces hypothèses ne sont pas celles où la pénurie se serait révélée indirectement parce que l'obligé a pris la fuite ou est poursuivi par une foule créanciers, car à de tels faits, l'ancien Droit,

(1) Donnons un exemple de cette « apparence notoire que les biens ne *suffiront pas* ». Un débiteur doit encore 10.000 livres lors de la saisie dont s'agit ; il est titulaire d'une créance de 1.000 livres qui fait l'objet de la présente exécution ; il a pour tout autre bien un fonds de terre qui à la vente donnera *moins* de 500 et qui d'ailleurs est hypothéqué, et quelques meubles meublants en mauvais état qui *tout au plus* trouveront adjudicataire à 50. Il est absolument certain, indéniable, *notoire*, que l'actif est très inférieur au passif qui s'élève à 10.000 Dans ces conditions il est d'ores et déjà acquis que la discussion par saisie et vente des biens encore disponibles, ne peut être que déficitaire. Les opposants ont présenté *le bilan* dressé sur le papier et démontré qu'en exagérant même au delà de toute limite possible, la valeur des biens non saisis, leur insuffisance était évidente.

en matière civile, n'attache aucune valeur ; elles sont celles où la *discussion fictive et sur le papier* du patrimoine, a la même force probante que la discussion réelle par saisies et ventes publiques ; dans ce cas les opposants, ayant fourni en définitive la preuve requise, seront en droit d'exiger l'ouverture immédiate de la contribution ; les premiers saisissants ne toucheront pas à charge de rapporter.

Mais alors dira-t-on, si tel est le sens de la règle 687 dans sa deuxième partie, pourquoi Loysel tire-t-il de ces cas exceptionnels le principe général ? Pour une raison fort simple : lorsqu'il y a eu discussion déficitaire réelle, il va de soi et par *a fortiori* que le débiteur est déconfit.

La définition de Loysel englobe tous les moyens de preuve[1] admis par la Coutume en indiquant le seul moyen qui aurait pu faire l'objet d'une controverse.

Nous venons de faire apparaître combien plausible est notre interprétation ; il faut encore établir que le système juridique sur lequel elle se fonde est bien celui du Droit coutumier.

A cet effet il n'est besoin que de quelques citations.

« Que si l'*insuffisance*[2] était *constante, certaine* et *indubitable*[3] rapporte Ferrière, le premier saisissant ne serait pas recevable, en contestant au contraire pour la solvabilité du débiteur, de demander les deniers, offrant bonne et suffisante caution de les rap-

(1) Et aussi peut-être les présomptions légales de déconfiture après décès, dont parle Bourjon dans le passage déjà cité.

(2) Remarquez que le mot *insuffisance* évoque l'idée de bilan, de comparaison entre l'actif et le passif.

(3) Le mot *indubitable* et le mot *notoire* ont la même force.

porter ; mais il faudrait venir d'abord à la contribution, comme il a été jugé par deux arrêts des 2 septembre 1600 et 18 juillet 1626 citéz par Brodeau, n° 7[1] ».

Et Brodeau, dont s'est inspiré Ferrière, explique par un exemple concret ce qu'il faut entendre par déconfiture certaine et indubitable ou notoire. La première distribution selon le rang d'exploit « n'aurait point lieu, si l'on indiquait aucuns immeubles ny autres biens scituez en France ; parce que *le cas de déconfiture estant certain, et indubitable*, la contribution au sol la livre, se doit faire purement et simplement, et sans charge de caution[2] ». Si c'est seulement dans des hypothèses de ce genre que la déconfiture est tenue pour existante par la Coutume, avant la discussion parachevée du patrimoine, si, comme nous l'avons établi, la règle 687 se réfère bien à la déconfiture qui enlève son privilège au premier saisissant, il faut convenir que notre interprétation du texte de Loysel est la seule possible[3]. Nous sommes loin, on le voit, de la

(1) Ferrière, *Corps et Compilations*, T. II., art. 180. Ferrière commet une erreur certaine en indiquant ces deux arrêts à l'appui de sa thèse. Si l'on se reporte à Brodeau (n° 8 in fine) on s'aperçoit en effet, qu'ils ont décidé uniquement que la dation de caution n'a pas lieu « pour les deniers procédans de la vente de l'*office*, qui se distribuent au sol la livre, soit que le débiteur se trouve solvable et ait d'autres biens, ou non, et sans que l'on baille aucune caution de les rapporter » Mais cette confusion de Ferrière n'enlève rien à la certitude du principe qu'il expose.

(2) Brodeau, *op. cit.*, n° 6, in fine et 7.

(3) Pour expliquer la règle 687 on peut encore ajouter que Loysel qui écrivait au début du 17me siècle (Instit. Cout. 1607), par conséquent un peu plus de vingt ans après la Réformation des Coutumes, a emprunté la plupart de ses règles à des textesplus anciens. Il ne faut donc pas s'étonner que certaines soient assez différentes des principes formulés par les auteurs contemporains de Loysel, sans leur être toutefois contraires. La règle 687 daterait d'une époque ou l'état de déconfiture était déjà devenu l'insolvabilité pure et simple (ce qui marque un progrès sur le système du Grand Coutumier) mais

définition que proposent aujourd'hui les auteurs.

Or, les Coutumes sont issues dans leurs détails pratiques d'une longue expérience jurisprudentielle dont il ne faut point négliger les leçons. Le problème était celui-ci : Comment écarter le privilège du premier saisissant et assurer, entre les créanciers qui ont participés à *une saisie,* la distribution égalitaire *chaque fois que le débiteur est insolvable, mais uniquement lorsqu'il l'est ?* Pour le résoudre, nos anciens jurisconsultes, qui sur bien des points restent nos maîtres, n'ont pas imaginé la théorie des signes externes, ils n'ont point superposé à la notion d'insolvabilité une notion distincte de déconfiture ; ils ont simplement reporté après la discussion du patrimoine la preuve

---

où la procédure d'attente fondée sur la caution des premiers saisissants n'existait pas encore. Alors, les opposants, sous peine d'être forclos, devaient prouver, aussitôt la vente du bien saisi et avant que les saisissants ne touchent, l'insuffisance de l'actif encore disponible et non réalisé. Et, comme à ce moment la discussion du patrimoine n'est pas achevée, on dût admettre que la contribution s'ouvrirait si les opposants ayant dressé la liste des biens non encore saisis et déterminé le prix maximum que les ventes pourraient donner en supposant des enchères très favorables, prouvaient qu'ils ne seraient pas payés intégralement.

Mais un tel système se serait révélé insuffisant et peu pratique : il restreignait en fait le champ d'application du principe d'égalité. La jurisprudence aurait alors inventé l'expédient de la caution, et décidé que l'on attendrait l'achèvement de la discussion. Ce dernier progrès a été sans doute accompli postérieurement aux premières rédactions des Coutumes, puisque celles de Paris (1510) et d'Orléans (1509) qui posent la règle de la distribution au sol la livre dans le cas de déconfiture, ne parlent pas encore de la caution des premiers saisissants.

Ainsi, le moyen de preuve indiqué par Loysel aurait été, à une époque donnée de notre histoire (15e-16e siècle) le seul possible ; il devint exceptionnel au 17e siècle, comme le montre les commentateurs des Coutumes, nouvelles rédactions.

Notons enfin, que si on voulait voir, malgré tout, dans « l'apparence notoire » la manifestation par signes externes de l'insolvabilité, à la manière moderne, il n'en resterait pas moins que cette conception après avoir été un temps celle de notre ancien Droit aurait été définitivement rejetée avant la fin du 17e siècle, à cause évidemment de ses conséquences fâcheuses, et remplacée par le système rationnel et souple de l'art. 180 de la Coutume de Paris.

de la pénurie, et fait retroagir ses effets jusqu'au jour où le créancier intéressé avait affirmé, sans justification aucune, l'existence de celle-ci.

Mais le Code civil a supprimé par prétérition le privilège du premier saisissant et par suite l'institution coutumière que nous venons d'étudier. Cependant il en a recueilli au moins le nom et attaché à la déconfiture certaines conséquences légales, telles que la dissolution de la société. Or, l'ancien Droit connaissait déjà ces conséquences. De quels principes découlaient-elles: de l'insolvabilité pure et simple ou d'une déconfiture différant de l'insolvabilité ? Quelle preuve devaient fournir les intéressés ? L'examen de ces questions confirmera toutes les déductions qui précèdent.

SECTION II.

Le Droit Coutumier et les effets de la Déconfiture moderne : L'exclusion de la société pour cause de pauvreté ; Les conséquences de l'insolvabilité véritable et de la déconfiture coutumière ; Le paragraphe 516 du « Traité de la Communauté » de Pothier.

Ce n'est pas dans les textes positifs des Coutumes rédigées que se trouvent indiqués les effets qui seront ceux de la déconfiture moderne. Les Jurisconsultes seuls envisagent incidemment ces hypothèses et tirent du Droit romain les solutions qu'ils proposent. Ils ne tentent pas une théorie d'ensemble et sont particulièrement brefs.

A lire les passages utiles de leurs ouvrages on ne tarde pas à découvrir quatre idées.

D'abord ce n'est pas de l'*insolvabilité* que nos anciens auteurs font découler toutes les conséquences légales dont s'agit : une au moins est produite par la « *pau-*

vreté ». Ensuite, il n'est pas vrai d'affirmer qu'ils évitent l'emploi du mot déconfiture, en la matière ; il apparaît parfois et à dessein sous leur plume, avec un sens qui est exactement celui que lui attribuent les Coutumes.

En troisième lieu, ils voient dans la *faillite*, une cause commune aux deux groupes d'effets, à ceux de l'insolvabilité et de la déconfiture aussi bien qu'à ceux de la pauvreté ; et par faillite ils entendent cette procédure d'où est sortie la faillite organisée par notre Droit commercial actuel.

Enfin, s'ils admettent en certaines hypothèses une théorie voisine de la théorie des signes externes, c'est à propos de situations autres que l'insolvabilité.

§. **I.** — *L'exclusion de la société pour cause de pauvreté.*

« La société, écrit Despeisses, prend fin par la *pauvreté* de l'un de ses associés, savoir lorsque quelqu'un a fait cession de ses biens, ou que ses créanciers lui ont fait vendre tous ses biens[1] ». Domat est plus explicite : « Si l'un des associés est réduit à *un tel état qu'il ne puisse contribuer dans la société, ce qu'il devait fournir,* les autres associés pourront l'exclure de la société, comme si ses biens sont saisis, s'ils les a abandonnés à ses créanciers, s'il se trouve dans quelque infirmité ou quelque autre obstacle qui l'empêche d'agir, s'il est interdit comme prodigue, s'il tombe en démence. Car dans tous ces cas les associés peuvent justement exclure de la société *celui qui cessant d'y contribuer* cesse d'y avoir droit..... On n'a

(1) Despeisses, *Des Contrats*, partie I, titre III, sect. 3, n° 9.

pas mis dans cet article ce qui est dit dans les textes qu'on y a rapportés[1], que la société est *rompue* par la *pauvreté* ou le désordre des affaires de l'un des associés. Car *notre usage n'anéantit pas ainsi les conventions sans le fait des parties*, et tandis que les associés souffrent dans leur société *celui dont les biens seraient saisis et même vendus*, il ne laisse pas d'être considéré comme associé, et d'avoir part au profit, jusqu'à ce qu'on l'exclue, ce qui ne peut se faire qu'en lui conservant les droits qui lui sont acquis, ou dont il ne peut être privé par cette exclusion[2] ». Selon Pothier : « La *faillite* de l'un des associés dissout aussi la société de même que sa mort..... Suivant notre Droit *il suffit que la faillite soit ouverte*[3] ».

Si les derniers mots de Pothier se passent de commentaire et indiquent bien qu'il s'agit de la faillite au sens étroit et moderne, les expressions de Despeisses et de Domat exigent quelques éclaircissements. Qu'entendent-ils par pauvreté ? Quel est le principe général qui autorise l'exclusion ?

La notion de pauvreté est incontestablement plus large que celle d'insolvabilité. Il n'est pas nécessaire que l'associé que l'on veut expulser de la société ait un passif supérieur à son actif, il importe peu même qu'il ait ou n'ait pas de créanciers. Il suffit qu'il ait

(1) Loi 4 et loi 65, §. 1, D., XVII, II.

(2) Domat, *Loix civiles*, L. 1., de la société, t. VIII, sect. V., n° 12. Conf. Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, v° Société : « On peut *expulser* un associé, lorsque ses affaires sont totalement dérangés, et qu'il est réduit dans la *pauvreté*, ou quand ses créanciers lui ont fait vendre son bien, ou qu'il a lui-même fait cession. Cette exclusion ne doit cependant s'entendre que pour l'avenir ; car elle ne peut pas préjudicier au droit qui lui est déjà acquis dans la société ».

(3) Pothier, *Traité de la Société*, n° 148, éd. Bugnet, T. 4, p. 293 et 294.

perdu sa fortune, ou, pour parler plus exactement, que cette fortune soit devenue, à la suite d'un évènement quelconque, un naufrage, un incendie, très inférieure à celle qu'il possédait au jour du contrat. La société est formée *intuitu personæ* et en considération de l'avoir de chacun de ses membres, elle doit être dissoute si l'un d'eux ne peut apporter les sommes qu'il a promises, ou d'une manière plus générale s'il a perdu cette « surface financière » qui est une garantie pour les tiers traitant avec la société.

Il en serait de même si la maladie d'un associé qui avait promis un travail actif et personnel, le retenait pour longtemps loin des affaires. Ses coassociés seraient en droit de l'expulser. Il y a là une sorte de rupture de l'engagement synalagmatique qui le liait avec les autres membres : il avait promis soit de l'argent, soit son activité propre ; ne pouvant plus les fournir, il perd ses droits aux bénéfices. Tel est le principe général, fort bien dégagé par Domat.

Mais pour que l'expulsion ait lieu, il faut « le fait des parties », c'est-à-dire une déclaration formelle de leur volonté. C'est du jour où elle aura été notifiée à l'associé, que ce dernier sera exclu. Une contestation s'élève-t-elle, les coassociés devront prouver qu'à l'époque de la notification la cause autorisant leur attitude existait, que, par exemple, le membre visé était tombé dans la pauvreté. Mais ils ne sont jamais tenu d'établir son insolvabilité, ce rapport secret entre l'actif et le passif. Si c'est à cause de ses dettes que l'associé perd sa fortune, il leur suffira de montrer que ses créanciers saisissent ses biens ou une partie considérable de ceux-ci. Il n'est point nécessaire que toutes ses facultés aient été exécutées et vendues ni que la discussion

du patrimoine ait été déficitaire. Ce n'est point l'insolvabilité qui doit faire l'objet de la preuve, mais la perte d'une portion considérable de l'avoir. Un associé solvable peut être exclu[1].

(1) De la société on doit rapprocher le *mandat* qui est également un contrat formé *intuitu personæ*. L'art. 2003 C. civ. range la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire, parmi « les différentes manières dont le mandat finit ». Il est intéressant, toujours pour préciser la notion de déconfiture chez nos anciens auteurs, de rechercher quel était sur ce point le système du Droit coutumier. Nous le faisons en note afin d'alléger nos développements principaux.

Pothier à cette occasion n'emploie ni le mot insolvabilité, ni le mot déconfiture. En ce qui concerne le mandataire (*Traité du Mandat*, chap. IV, de quelles manières le mandat finit, vo : de la révocation du mandat, n° 120) nous lisons : « Les faits qui sont de nature à détruire entièrement la *confiance* que le mandant avait en la personne du mandataire, font aussi *facilement présumer* une *révocation tacite* du mandat comme lorsque le mandataire a fait *banqueroute* , ou lorsqu'il a été rendu contre lui un jugement infamant pour quelque friponerie, ou enfin lorsqu'il est survenu de grandes inimitiés entre le mandat et le mandataire ». Il s'agit donc ici de tout autre chose que de l'insolvabilité du mandataire. Quant aux causes d'extinction naissant dans la personne du mandant, Pothier écrit, (nos 39, 41 et 43) : « Il peut néanmoins, depuis le contrat, survenir plusieurs justes causes qui déchargent le mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat, *pourvu qu'il en donne avis au mandant ; Sane si... vel... seu ob inanes rei actiones*, L. 24, *ff. Mand...* Les lois rapportent en troisième lieu, le cas de *dérangement des affaires du mandant, survenu depuis le contrat.* Il est juste que le mandataire soit, en ce cas déchargé de l'obligation d'exécuter un mandat pour l'exécution duquel il aurait des avances d'argent à faire, à moins que le mandant ne lui offrit de remettre les fonds nécessaires ; car il ne s'est chargé du mandat que dans la confiance qu'il serait remboursé de ses avances, Cette confiance venant à cesser par le dérangement des affaires du mandant, il en doit être déchargé ; il ne serait pas juste de l'*exposer* à perdre ses avances : « Iniquum est damnosum cuique esse officium suum : L. 7 ff. Testam. quemad. aper ».

Le mandataire rend un service gratuit, il ne doit subir aucun préjudice, il ne doit même pas *risquer* d'en subir un. Il peut donc se décharger du mandat par une déclaration de volonté, dont il donne avis au mandant, chaque fois qu'il est en droit de *craindre* que la situation de fortune de celui-ci ne lui assure plus un remboursement certain de ses avances faites ou à faire. Il n'est pas obligé de prouver l'insolvabilité, c'est-à-dire l'infériorité du passif total à l'actif total liquidé ; il suffit qu'il justifie des faits qui motivent ses craintes. Assurément la déconfiture et la faillite autorisent, à plus forte raison, la répudiation du mandat ; mais la notion de déconfiture et celle de faillite déjà plus large, sont plus étroites que la notion de dérangement dans les affaires. Nous sommes donc ici encore en présence d'une théorie spéciale. (Voyez infra la dernière note de notre § 2 et notre § 3).

En résumé, cette théorie n'a pour base ni l'insolvabilité, ni, par suite, la déconfiture, quel que soit le sens que l'on donne aux mots. Mais il est vrai de dire que la déconfiture coutumière, qui, on l'a vu, suppose en fait une discussion complète de tous les biens, meubles et immeubles, entraîne *a fortiori* le droit de faire sortir un associé de la société, car s'il est reconnu déconfit, c'est que tout son patrimoine a été saisi.

Or la faillite n'est pas autre chose qu'une saisie générale ; aussi permet-elle l'exclusion, *a fortiori* aussi, et dès son ouverture.

§. **II**. — *Les conséquences de l'insolvabilité véritable et de la déconfiture coutumière ; la déchéance du terme notamment.*

1. — Une première conséquence de l'insolvabilité est relative à la *délégation*. « Cujas (ad. L. 26, § 2. ff. Mand. ad libr. 33 Paul, ad edic.), dit Pothier, rapporte une seconde exception à notre principe, qui est que, quoique la délégation n'ait pas été faite à la charge qu'elle serait aux risques du déléguant, néanmoins si, dès le temps de la délégation, l'*insolvabilité* du débiteur délégué était arrivée et *ignorée* du créancier, le déléguant *en devrait être tenu.*[1] »

Remarquons tout d'abord que c'est l'insolvabilité pure et simple, le fait secret de l'infériorité de l'actif, qui ouvre au profit du délégataire un recours contre le déléguant, et non la déconfiture au sens moderne, c'est-à-dire l'insolvabilité manifestée par des signes externes. Reste la question de la preuve. Elle ne soulève aucune difficulté de principe. Contre qui en effet le

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 604, édit, Bugnet, T. II, p. 320.

délégataire exerce-t-il son recours? Contre le déléguant, non contre l'insolvable : le délégué. D'où il suit que le délégataire n'est pas obligé, à peine de forclusion, de prouver l'insuffisance de l'actif chez le délégué, avant que tous les biens de celui-ci ait été vendus. Il intervient aux diverses saisies comme un créancier quelconque. Peu lui importe le moment où il pourra établir l'insolvabilité du délégué au jour de la délégation, puisqu'à cette preuve n'est attachée l'exercice d'aucun droit à l'encontre de l'insolvable : le délégué. Bien mieux, il doit nécessairement attendre l'achèvement de la discussion du patrimoine avant de se retourner contre le déléguant, car celui-ci est tenu envers lui délégataire, seulement de parfaire les sommes qu'auront produites les saisies formées contre le délégué[1].

2. — Tout autre est la situation du *créancier à terme* ; lui, doit nécessairement agir contre son débiteur insolvable avant que la discussion ne soit terminée, car autrement l'obligé n'aurait plus de biens ; aussi l'hypothèse présente-t-elle un grand intérêt.

Pothier expose le principe de la solution : « Le terme accordé par le créancier au débiteur, est censé avoir pour fondement la confiance en sa *solvabilité :* lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse. *De là il suit :* que, lorsque le débiteur

(1) Le mécanisme de ce recours présente quelque analogie avec celui de l'action paulienne intentée par un créancier, que la discussion du patrimoine n'a pas sastifait, contre le tiers qui détient le bien frauduleusement aliéné par le débiteur. Dans les deux cas c'est l'insolvabilité pure et simple et non sa manifestation qui donne ouverture à l'action ou au recours ; dans les deux cas, l'insolvabilité se prouve par la discussion, (laquelle permet d'ailleurs de fixer la date où l'actif est devenu inférieur au passif).

a fait *faillite,* et que *le prix de ses biens est distribué entre les créanciers,* le créancier peut *toucher*, quoique le terme de la dette ne soit pas expiré[1] ». Le jurisconsulte n'envisage *in terminis* que le cas de faillite[2] mais il n'est pas douteux qu'il faille étendre le principe de la règle au cas de simple insolvabilité. Pothier en parlant de la faillite donne un exemple.

Le créancier à terme du débiteur non-commerçant, doit donc prouver que l'actif de ce dernier est inférieur à son passif total y compris la dette non exigible. A cette condition il pourra prendre part aux distributions, desquelles il est normalement écarté à raison du terme : seule une créance exigible autorisant la saisie. D'autre part, comme nous l'avons déjà dit, ce créancier doit intervenir dans les procédures d'exécution avant qu'elles soient achevées ; autrement, ce serait une faveur purement théorique et pratiquement illusoire que lui octroierait la loi qui écarte l'effet du terme.

Sera-ce donc par la justification des signes externes ou indices de l'insolvabilité certaine, que le créancier d'une dette non échue établira le fait que lui donne le droit de saisir ? Non point ; ce n'est même pas en cette matière que les auteurs modernes pourraient trouver l'origine historique de leur théorie. Pourquoi ? parce que les jurisconsultes coutumiers rattachent formellement la déchéance du terme *à cette déconfiture que nous connaissons et qui se prouve par la saisie et la vente de tous les biens ;* et parce que *dès lors,* l'ins-

(1) Pothier, *Traité des obligations,* n° 234 et 235, éd. Bugnet, T. II, p. 111.

(2) C'est pourquoi l'art. 1188 C. civ. attache à la faillite seule la déchéance du terme et ne mentionne ni la déconfiture ni l'insolvabilité.

titution conservatoire qu'est la caution des premiers saisissants fonctionne ici encore, nécessairement.

Bourjon est très catégorique à ce sujet, dans la suite immédiate du passage que nous avons déjà cité. Après avoir indiqué, que l'état de déconfiture est l'insolvabilité du débiteur pure et simple, qu'elle ne se présume pas avant la discussion complète du patrimoine, mais que la caution du premier saisissant corrige heureusement ce principe, Bourjon ajoute : « .....et c'est la disposition de l'art. 180 de la Coutume. Passons à *un autre effet de la déconfiture. La déconfiture rend la dette non échue exigible ; en effet, après que tous les gages de la dette auraient été enlevés au créancier, quelle pourroit être la sûreté pour le paiement d'icelle ?* C'est donc juste effet de la déconfiture que de faire naître l'exigibilité »[1].

Le créancier à terme par conséquent peut sans attendre la fin de la discussion et le moment où il pourra prouver l'insolvabilité, former des oppositions aux diverses saisies déficitaires entreprises par les créanciers de dettes échues. Il sera payé par contribution si tous les intéressés sont d'accord ; dans le cas contraire les deniers seront répartis par rang d'exploit entre les créanciers dont le droit est exigible, mais ces derniers seront tenus de « bailler caution de rapporter », aussi bien au profit des créanciers à terme opposants que des créanciers ordinaires dont l'opposition a été tardive. On attendra la fin de la discussion ; et s'il est établi que son résultat a été déficitaire, alors les sommes provenues de la saisie considérée feront l'objet

(1) Bourjon, *Droit Commun*, 2e éd. 1770, T. II, p. 675, n° XXXIII et XXXIV.

d'une distribution nouvelle, au sol la livre cette fois, entre le saisissant et les opposants soit pour dettes exigibles, soit pour dettes non échues.

Le texte de Bourjon qui rattacha à la déconfiture coutumière la déchéance du terme ne peut avoir un autre sens.

Nous en aurions fini avec notre étude succinte de la déconfiture[1] dans l'ancien Droit s'il ne restait à expli-

(1) La déconfiture du débiteur principal selon l'art. 2032 2° C. civ. autorise la *caution* qui n'a pas encore payé, à agir, contre lui, afin d'être indemnisée. L'hypothèse présente quelque analogie avec celle de la déchéance du terme : la caution doit pouvoir prendre part aux exécutions entreprises contre l'obligé principal, avant qu'elles soient achevées.

Aussi bien, déciderait-on que l'ancien Droit subordonnait le recours anticipé de la caution à l'existence de l'insolvabilité réalisée chez le débiteur principal, il faudrait en conclure que ce recours s'exerçait pratiquement, comme en matière de déchéance du terme, au moyen d'oppositions conservatoires aux diverses saisies formées par les créanciers purs et simples contre le débiteur. Mais on peut légitimement soutenir, croyons-nous, que nos anciens auteurs ne rattachaient pas le droit de la caution à l'insolvabilité, fait non tangible. Pothier traite le sujet sans précision. « Lorsque le débiteur est en *déroute*, dit-il, ... la caution, quoiqu'elle n'ait point encore payé, peut faire *arrêt* sur les biens du débiteur principal, afin qu'ils *répondent* du cautionnement qu'elle a subi pour lui ». (T. des Obl., n° 441 ; éd. Bugnet, T. II, p. 238). La notion de déroute est semble-t-il plus large que la notion d'insolvabilité et en tout cas différente. Cet état ne suppose pas un passif supérieur à l'actif, il suffit que la caution soit en droit de *craindre* l'insolvabilité présente où prochaine, sans qu'elle soit tenu de la prouver. L'arrêt par opposition à la saisie est un acte purement conservatoire et non une mesure d'exécution. La caution est, en quelque sorte, autorisée à prendre un gage. Ainsi le texte de Pothier viendrait à l'appui de notre opinion. Papon (X, 4, n° 20) était très net : « Un pleige a la loy de contraindre son débiteur dans trois cas. . . . . ; le second cas est si ce débiteur donne *semblant à pauvreté* et *commence à dissiper* son bien ».

Mais dira-t-on, pourquoi n'en serait-il pas de même en matière de déchéance du terme puisque le terme est censé fondé sur la confiance en la solvabilité du débiteur ? Dès lors que des évènements donnent à penser que cette solvabilité est *douteuse*, la confiance cessant l'effet du terme ne devrait-il pas cesser ? Nous répondons que la distinction entre les deux hypothèses est rationnelle ; la caution rend le plus souvent un service d'ami, le créancier à terme, presque toujours, a fait une affaire avec le débiteur, qui, se trouvant ainsi avoir « acheté » le terme, ne peut en être privé si son insolvabilité véritable et certaine n'est pas absolument démontrée.

quer un texte fort intéressant de Pothier. Il fournit une vérification indirecte de notre théorie qui est celle-ci : l'ancien Droit n'a pas connu la preuve par signes externes de l'insolvabilité.

§. **III**. — *La paragraphe 516 du « Traité de la Communauté » de Pothier, la preuve du « péril de la dot ».*

1. — « Le Juge ne doit ordonner la séparation qu'après que la femme aura fait la *preuve* des faits qui servent de fondement à sa demande, c'est-à-dire du *mauvais état des affaires de son mari qui met sa dot en péril*..... Cette preuve se fait tant par témoins qui déposent de la mauvaise conduite du mari, que par des pièces qui l'établissent : souvent même il n'est pas nécessaire de faire entendre des témoins, les pièces produites par la femme étant souvent seules suffisantes pour établir le mauvais état des affaires du mari, qui met en péril la dot de la femme ; telles que peuvent être les *pièces justificatives de la saisie réelle des biens du mari,* les pièces justificatives de sa faillite, *une multitude de sentences obtenues contre lui pour des sommes considérables*[1] ».

Les dernières lignes de ce passage rapprochent de la faillite des faits dans lesquels aujourd'hui la doctrine voit volontiers deux signes de l'insolvabilité : la saisie des biens les plus importants, et le grand nombre de jugements de condamnation prononcés contre le débiteur. Pothier ne fait-il point là allusion à la déconfiture au sens moderne ? On pourrait être tenté de le soutenir.

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 516, éd. Bugnet, T. VII p. 278 et 279.

2 — Mais une telle interprétation supposerait nécessairement que « le mauvais état des affaires du mari, qui met en péril la dot de la femme » n'est pas autre chose que l'insolvabilité certaine et déjà réalisée.

Or, sous l'ancien Droit comme aujourd'hui, la séparation de biens est une mesure essentiellement préventive. La femme l'obtient avant même que son époux devienne insolvable. Il suffit que sa dot soit en *péril,* qu'il y ait *lieu de craindre,* selon l'art. 1443 du Code civil, que les biens du mari ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. Il n'est pas nécessaire que le danger soit réalisé, même en partie. Les vieux textes indiquent que la séparation est donnée « *contra maritum vergentem ad inopiam*[1] ». « *C'est la seule crainte de la perte de ses biens,* écrit Bourjon, *qui peut fonder de sa part une demande en séparation de biens*[2] ».

C'est pourquoi nous voyons Pothier admettre que cet état des affaires du mari qui met la dot en péril, sera établi par la production de pièces justifiant de la pluralité des jugements de condamnation rendus contre lui. Il ne dit point que ces faits sont les indices de l'insolvabilité et qu'ils constituent l'état de décon-

(1) Esmein, *le Mariage en droit canonique,* t. 1, p. 31, d'après Varin, *Archives législatives de Reims,* n° XCIV, p. 98. — *Acte de notoriété du Chatelet de Paris* du 27 juillet 1707, *Recueil de Denisart,* p. 320, cité par Pothier *(Communauté,* n° 520) : « l'on à cru qu'une femme en justifiant que son mari, par ses dérèglements, *vergit ad inopiam,* pouvait demander la séparation et le partage de la communauté ».

(2) Bourjon, *Dr. Com.,* 2e éd., p. 604. — On remarquera que le C. civ. (art. 1446 et 1443) exige que le mari soit déconfit, c'est-à-dire insolvable, dans le seul cas où les créanciers personnels de la femme entendent « exercer les droits de leur débitrice, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances » et non lorsque la femme intente l'action en séparation.

fiture, il affirme seulement qu'ils sont le signe d'un autre état ; et cet état diffère bien de l'insolvabité[1].

Le paragraphe 516 du Traité de la Communauté de Pothier vient ainsi à l'appui de notre thèse. Les faits dans lesquels la doctrine moderne voit des indices plus ou moins certains de l'infériorité de l'actif sont, sous l'ancien Droit, le signe irréfragable d'une situation qui ne suppose pas nécessairement l'insolvabilité. Nous pouvons affirmer que le Droit coutumier n'a pas connu la théorie des signes externes. Il n'a pas admis que l'insolvabilité put se démontrer autrement que par la discussion du patrimoine et avant par conséquent que toutes les procédures d'exécution soient achevées.

La doctrine classique heurte donc les résultats d'expérience de notre ancienne législation. Or cette doctrine est à la base des projets qui organisent la

---

(1) « L'état des affaires du mari qui met la dot en péril », « la pauvreté » qui permet l'exclusion d'un associé de la société, « le dérangement des affaires » du mandant qui autorise le mandataire à se décharger du mandat, la « déroute » du débiteur principal, qui donne le droit à la caution d'agir, avant d'avoir payé, contre ce dernier ; voilà autant de situations, qui dans l'ancien Droit, méritent d'être rapprochées de la déconfiture, mais qui en diffèrent profondément.

A l'inverse de la déconfiture ces situations ne supposent pas l'insolvabilité. Elles sont succeptibles d'une preuve directe, immédiate, car pour en établir l'existence, il n'est pas besoin de démontrer que l'actif est inférieur au passif. En général les intéressés justifieront de la cause de leur droit en faisant constater par le juge qu'une importante partie des biens a été saisis. Mais ils n'est pas nécessaire que ces saisies aient atteint tout le patrimoine, encore moins qu'elles aient été déficitaires.

Nous n'avons point fait une théorie d'ensemble des divers états que nous distinguons ainsi de la déconfituro, car s'ils présentent des traits communs à ce dernier point de vue, il serait sans doute très osé d'aller plus loin et de les confondre en un état type unique : la pauvreté de l'associé par exemple. Nos anciens auteurs employent pour chacun d'eux des formules différentes et se gardent d'écrire un principe général. Et de fait, il semble bien que la situation du mari qui met la dot de sa femme en péril, soit autre chose que la pauvreté de l'associé ou la déroute du mandant.

déconfiture, puisque celle-ci est, selon les auteurs, l'insolvabilité manifestée au dehors, par des faits tangibles non équivoques, avant la discussion terminée. Il s'en suit que le Droit coutumier, en permettant la critique de la notion même de déconfiture sur laquelle ces systèmes reposent, fournit à leur encontre un premier argument indirect mais particulièrement fort, argument qui s'ajoutera à ceux que nous allons exposer maintenant.

CHAPITRE III

La Déconfiture moderne : les raisons pour lesquelles on ne peut en proposer l'organisation.

La Déconfiture dans le Code civil et la Jurisprudence — Ce que serait en fait l'organisation de la déconfiture proposée par les auteurs.

« Organiser la déconfiture », redisons-nous, c'est, *à prendre les mots dans le sens que leur ont donné les auteurs*, créer une procédure collective de liquidation spéciale aux patrimoines insolvables de débiteurs non-commerçants, et dont le préliminaire obligé serait un « *jugement déclaratif* » rendu par le tribunal qui constaterait l'existence des « *signes externes de l'insolvabilité* ». Nous rappelons que notre critique portera uniquement sur une telle procédure et que nous supposons le débiteur vivant.

« Organiser la déconfiture » c'est encore ajouter des effets nouveaux et considérables aux conséquences légales actuelles de celle-ci. C'est élever au rang d'institution de premier ordre cette institution secondaire du même nom, que connaît notre Droit français et par l'étude critique de laquelle il est donc indispensable de commencer.

SECTION I.

La Déconfiture moderne : Le Code civil ; La Jurisprudence antérieure à 1830 ; Apparition et développement de la théorie des signes externes dans la jurisprudence postérieure ; L'arrêt de 1892.

§. I. — *La notion de déconfiture dans le Code civil.*

Sous l'ancien Droit le mot déconfiture, appliqué à l'institution de ce nom, était synonyme de contribution et aussi de saisie générale de toutes les facultés du débiteur, car la distribution au sol la livre, qui était le principal effet de l'état d'insolvabilité, s'ouvrait pratiquement après la discussion parachevée du patrimoine.

Ainsi entendue, la *déconfiture* « *correspond* » assez exactement à la *faillite*. La première est la *liquidation par voies individuelles et successives de l'ensemble des biens*, comme la seconde en est la *liquidation par voie unique et collective*. Sans doute, pour qu'il y ait déconfiture, le débiteur doit être insolvable, et cette condition n'est pas exigée en matière de faillite, mais c'est là une différence accidentelle. En effet la pièce originale et essentielle du système coutumier est la procédure conservatoire fondée sur la caution des premiers saisissants. Or la cause légale de son ouverture n'est pas la démonstration de l'insolvabilité. Il suffit que les intéressés allèguent l'infériorité de l'actif total. La discussion du patrimoine révèlera automatiquement et exactement la situation du débiteur. A ce moment le différend cessera : lorsque les produits des diverses saisies est connu aucune contestation sur la solvabilité ou l'insolvabilité n'est plus possible ; les

saisissants ne formuleront aucune objection à l'encontre de la demande des opposants, de même que ceux-ci se garderont de réclamer la distribution au sol la livre s'ils ont été intégralement payés, car cela résulterait de la simple lecture des pièces relatives à leurs saisies, et ils seraient aussitôt déboutés.

Avec un pareil mécanisme, il allait donc de soi que la contribution s'ouvrirait seulement dans l'hypothèse de l'insolvabilité. Tout se passait comme si la Coutume avait décidé que les saisissants privilégiés pour cause de diligence rapporteraient les deniers chaque fois que les opposants évincés auraient intérêt, *après la discussion,* à demander ce rapport. En d'autres termes, la règle que la contribution leur est refusée quand le débiteur est reconnu solvable *à ce moment,* règle qui peut s'écrire plus simplement et d'une manière plus tangible : la distribution au sol la livre n'a pas lieu quand les opposants ont été payés par la suite, se confond sous cette forme avec un autre principe infiniment plus général qui l'absorbe et dont l'application en la matière ne devait point attirer spécialement l'attention du jurisconsulte : *pas d'intérêt, pas d'action.*

Et c'est pourquoi, l'on en arriva facilement semble-t-il à oublier quelque peu que l'insolvabilité était la base du système, sans modifier celui-ci. *On vit dans la déconfiture, considérée comme institution, la liquidation du patrimoine par opérations successives liées entre elles grâce à la caution des premiers saisissants,* et, *dans l'état de déconfiture, la situation du débiteur dont les créanciers ont saisis tous les biens.*

1. — Si l'on admet que les rédacteurs du Code civil et ceux du Code de procédure étaient imbus de

ces idées, on comprend aussitôt le sens des dispositions qu'ils ont écrites touchant la déconfiture et l'on aperçoit toute la signification de certaines paroles prononcées au cours des travaux préparatoires.

« *On peut faillir sans être marchand*, disait Treillard rapporteur au Conseil d'Etat, à l'occasion de l'art. 1188 ; *à la vérité la faillite alors est appelée déconfiture ; mais peu importe la dénomination puisque la chose est la même*[1] ». Selon Tarrible la déconfiture du du mandant éteint le mandat, « parce que le désordre des affaires du mandant a entraîné la subversion générale de sa fortune et que *tout ce qu'il possédait a passé dans les mains de ses créanciers*[2] ».

L'article 124 C. procédure et le commentaire qui en a été donné sont des plus significatifs. « Le débiteur, porte le texte, ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, *si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers,* s'il est en état de *faillite*, de contumace, ou s'il s'est constitué prisonnier, ni enfin lorsque par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Et, lit-on dans les *Observations* du Tribunat : « Cet article n'est que le développement de l'art. 1188 C. civ ; il faut donc que l'article du Code de procédure rentre entièrement dans l'article du Code civil, il est essentiel d'avertir les tribunaux qu'ils ne peuvent accorder un délai au débiteur lorsqu'il se trouve dans des circonstances qui l'empêcheraient de jouir du terme, s'il en avait obtenu un[3] ». La contumace et l'emprisonnement sont des cas spéciaux, particuliers de toute évi-

(1) Locré, Lég. civ., t. XII, p. 161 et 162.
(2) Tarrible. Rapport au Tribunat, n° 24, Locré, Lég. civ., t. VII p. 283.
(3) Locré, Lég. civ., t. IX, p. 211.

dence au terme de grâce. La diminution des sûretés concerne seulement les créanciers hypothécaires, et c'est aussi d'ailleurs d'après l'art. 1188 C. civ. une cause de déchéance du terme conventionnel. Quant aux créanciers chirographaires qui nous intéressent seuls, le même texte ne parle que de la faillite ; mais nous le savons, « ont peut faillir sans être marchand » ; qu'elle est donc cette hypothèse ? L'art. 124 C. proc. l'indique : elle a lieu lorsque les biens du débiteur « sont vendus à la requête d'autres créanciers ».

Doit-on affirmer par conséquent que le législateur moderne a entendu éliminer l'idée d'insolvabilité de la notion de déconfiture ? Non assurément. Mais il a envisagée celle-ci *de l'extérieur, et il l'a définie par son mode de preuve : la discussion du patrimoine, au lieu de marquer sa nature : l'insuffisance des biens.*

Cette interprétation montre d'abord que les rédacteurs du Code n'ont pas eu, en principe, l'intention d'innover en la matière ; elle explique ensuite pourquoi ils ont fait de la déconfiture une des causes de la dissolution de la société et de l'extinction du mandat, semblant la confondre avec l'ancienne notion de pauvreté. Aussi convient-il, pour décrire avec netteté le système qui fut selon nous celui du Code civil, de considérer successivement : en premier lieu, la déchéance du terme et les autres effets de l'insolvabilité qui doivent en être rapprochés ; en second lieu, la dissolution de la société et l'extinction du mandat.

2. — Quant à la déchéance du terme, nous avons expliqué quel était son mécanisme sous l'ancien Droit. C'est la déconfiture qui y rend la dette exigible. Or cet état ne peut être établi en justice avant le moment, où tous les biens du débiteur ayant été vendus, il ne

restera plus aucune parcelle de son actif entre ses mains. Le créancier à terme antérieurement à l'achèvement de la discussion, la déconfiture étant par définition non certaine, n'avait donc qualité ni pour *agir* ni pour *saisir*. Mais les contributions de toutes les saisies, à raison du privilège du premier saisissant qui lui aussi ne cessait qu'au cas d'insolvabilité constatée étaient *ajournées elles-mêmes* jusqu'à cette époque. L'insuffisance prouvée par la comparaison du produit des ventes et du passif permettait au créancier, en supprimant l'effet du terme, de toucher définitivement sa part dans les diverses contributions, de saisir les nouveaux biens que le débiteur acquerrait par la suite et d'intenter l'action paulienne s'il y avait lieu. De plus, avant la fin de la discussion le créancier d'une dette non exigible pouvait, tout comme les créanciers purs et simples évincés par le privilège de diligence, former des oppositions conservatoires et obtenir caution de la part des saisissants.

Mais le législateur moderne a supprimé le privilège du premier saisissant et décidé par suite que la contribution afférente à chaque saisie s'ouvrirait aussitôt la saisie terminée sans qu'il soit besoin d'attendre l'achèvement de toutes les autres. Les deniers font l'objet d'une seule distribution. Le mécanisme de la déconfiture se trouve donc gravement modifié, sans que le législateur très probablement s'en soit même douté.

Si l'on admet par conséquent que l'obstacle du terme subsiste jusqu'à ce que le créancier ait établi l'insolvabilité au moyen des résultats de la discussion, on est conduit à lui refuser la perception d'une part dans la contribution moderne. Mais celle-ci ayant pris la place de l'ancienne répartition par privilège, le créancier

sera donc en droit d'exiger de ceux qui touchent l'engagement, garanti par quelque sûreté, de restituer les sommes qui lui reviennent, si l'insolvabilité est ultérieurement reconnue.

Tel est à notre avis le système du Code il est; exactement au fond celui du Droit Coutumier. Il est assurément très pratique et fort rationnel.

Pratique, car dès la première exécution entreprise contre le débiteur le créancier à terme a la faculté de sauvegarder ses droits, sans avoir aucune justification à fournir. Rationnel, car il refuse au créancier d'une obligation non exigible le droit de saisir, pour lui reconnaître seulement celui de s'associer aux poursuites[1].

---

(1) Il n'est en effet aucun principe qui légitime l'action du créancier à terme d'un insolvable, alors que les créanciers purs et simples restent inactifs ou n'existent pas. Si l'insolvabilité augmente, dans ces circonstances, la cause en sera soit les folles dépenses du débiteur que notre Droit n'empêche pas, soit les aliénations frauduleuses consenties par l'obligé, contre lesquelles la loi donne au créancier à terme l'action paulienne qui pourra être encore exercée utilement à l'échéance.

Un argument très fort se tire de l'art. 124, C. proc. Ce n'est pas l'insolvabilité, même avérée, qui supprime la possibilité d'un délai de grâce ; il faut que les biens du débiteur soient saisis à la requête d'autres créanciers. A un obligé insolvable les tribunaux peuvent accorder un délai si les créanciers de dettes échues restent dans l'inaction. A fortiori, en pareille circonstance, doit-on décider que le terme de droit conserve sa valeur.

M. Planiol (note sous Cas. 30 mars 1892, D. 92. 1. 281.) professe une semblable opinion. Il en déduit que la déchéance du terme n'entraîne pas la compensation entre la dette non échue dont s'agit et une dette exigible. Si donc le créancier à terme peut agir seulement quand les autres poursuivent l'exécution de leurs droits, il n'y a aucun inconvénient à lui refuser, même alors, la faculté de saisir ; il est rationnel de lui laisser uniquement celle de s'associer par des oppositions aux saisies entreprises ; c'est ainsi que se manifestera son action. Ces oppositions ont pour effet le calcul de sa collocation éventuelle pour le cas ou la discussion prouverait l'insolvabilité, et la mise en réserve de cette part qui est touchée sous caution par les saisissants ou plus simplement consignée. Mais le créancier hypothécaire dont le droit est à terme est colloqué directement dans l'ordre, car la transcription du jugement d'adjudication opère purge : il a perdu sa sûreté, il doit être payé sans qu'il ait à prouver la déconfiture.

Mais il reste à montrer que nos codes n'interdisent pas les oppositions conservatoires dans l'éventualité d'une discussion déficitaire et sur simple allégation de la déconfiture. La chose est facile, car le créancier à terme doit avoir au moins autant de droits que le créancier sous condition suspensive Or, selon l'art. 1180 C. civ., « le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit ». Une doctrine unanime décide par interprétation de ce texte, comme l'écrivent Aubry et Rau, que le créancier conditionnel est « autorisé à demander dans les distributions de deniers et ordres ouverts sur le débiteur, une collocation éventuelle pour le montant de sa créance[1] ». Il n'a pas à prouver l'insolvabilité ni même à l'invoquer ; une distribution a lieu, il suffit, et les auteurs sont encore formels sur ce point.

Il est inutile d'insister davantage ; le mécanisme que nous venons de décrire à propos de la déchéance du terme et que nous croyons être celui du Code civil n'est que l'adaptation, aux principes modernes, du mécanisme ancien de la déconfiture. Celle-ci est restée cette notion particulièrement simple et claire : l'insolvabilité prouvée par le résultat déficitaire de la discussion. Et, grâce à l'artifice de l'opposition conservatoire, les intéressés ont la faculté de participer à l'ensemble

(1) Aubry et Rau, 4e éd. IV, p. 114 ; Toullier, VI, 528 ; Trolong, *Des hypothèques*, IV, 953 ter ; Colmet de Santerre, I, 99 bis ; Demolombe, XXV, 370 ; Larombière II, art. 1080, nos 3 et 4 ; Planiol II, no 380.

On peut considérer que le créancier à terme est un *créancier pur et simple sous condition suspensive*. En effet le débiteur sera déchu du terme si le créancier prouve que la discussion est déficitaire. Or la discussion déficitaire est un évènement futur et incertain, donc une condition. Lorsqu'elle arrive le créancier doit être payé ; il a le droit d'exiger auparavant une collocation éventuelle dans les contributions.

de la liquidation en intervenant par provision, dès les premières poursuites [1].

Les mêmes règles s'appliquent au profit de la caution agissant en vue d'être « indemnisée » : elle s'associe aux saisies pratiquées contre le débiteur principal et fait mettre en réserve la portion des deniers correspondant à la dette qu'elle garantie [2].

Ainsi encore les créanciers de la femme exercent les droits de leur débitrice dans la déconfiture du mari et seront payés à l'achèvement de la discussion [3].

3. — Nous avons rangé dans une classe distincte les autres effets de la déconfiture, parce que le législateur semble avoir innové quelque peu en rattachant à l'in-

(1) Le créancier à terme, dans ce système qui aurait dû être adopté par la jurisprudence, peut former une opposition conservatoire non seulement lorsque la saisie en question à été infructueuse *eu égard aux saisissants* mais encore lorsqu'elle a assez produit pour les payer intégralement. Une telle circonstance, en effet, ne trouve pas la solvabilité certaine du débiteur, même s'il lui restait d'autres biens non saisis, même si ces biens couvraient la créance à terme, car ils sont aussi le gage des autres créanciers de dettes échues qui, négligents, ne se sont pas encore fait connaître.

(2) Dans l'art. 2032 le mot *indemnité* corrige et atténue le mot *agir* ; il est bien dans l'esprit du texte de ne donner à la caution qu'une sureté pour le cas ou le créancier la poursuivrait ; cette idée, *en dehors de toute considération sur la nature de la déconfiture*, a conduit la Cour de Grenoble (Grenoble, 3 août 1853, Sir. 54. 2. 449) à refuser dans une distribution une collocation *actuelle* à la caution, cette dernière n'a droit qu'à une collocation conditionnelle (la condition étant pour la Cour, seulement la poursuite par le créancier).

(3) Le cas de l'action du délégataire contre le délégué pour cause de déconfiture du délégué au jour de la déléguation, selon l'art. 1276, est tout spécial : 1°) le délégataire n'agit pas contre l'insolvable ; 2°) son droit est par essence subsidiaire, il n'est qu'un recours (ce que nous croyons conforme au texte et à la tradition); il ne peut être exercé qu'après la discussion des biens du délégué, qui prouvera l'insolvabilité au jour de la délégation ; si au contraire c'est la délégation qui est annulée tout entière pour erreur, le délégataire laissera, s'il le veut, les autres créanciers du délégué discuter ses biens, puis cette discussion ayant établi l'insolvabilité, il exercera son action primitive contre le déléguant.

Remarquons que cet effet de la déconfiture (disons de l'insolvabilité pure et simple) est purement théorique ; l'art 1276 suppose une délégation parfaite, or il n'en est point d'exemple en pratique.

solvabilité la dissolution de la société et l'extinction du mandat, dont les causes anciennes étaient notamment la pauvreté et le désordre des affaires. Faut-il ici encore entendre par déconfiture l'insolvabilité prouvée par le résultat déficitaire de la discussion ?

Aux termes de l'art. 1865 C. civil « la société *finit* : ..... 3° par la mort naturelle de quelqu'un des associés ; 4° par la mort civile, l'interdiction ou la *déconfiture* de l'un deux ; 5° par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société ». Les articles suivants éclairent ces dispositions. L'art. 1871 est particulièrement intéressant : « La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il en a de *justes motifs*, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissés à l'arbitrage des juges[1]. Voilà le principe général, la société formée « intuitu personæ » se dissout lorsqu'un associé n'est plus à même de rendre les services sur lesquels les autres comptaient. Nous avons cité en étudiant la même matière dans l'ancien Droit, un passage de Domat[1], où, à côté de la démence et de l'infirmité, on place le cas où les biens d'un associé sont saisis. Il est certain qu'un tel évènement autorise aujourd'hui un ou plusieurs des autres associés » à exprimer leur volonté de n'être plus en société », ce qui, selon l'art. 1865-5°, entraîne la dissolution. Si

(1) Conf. Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 152, éd. Bugnet, T. 4, p. 295.

(1) Domat, *Loix civiles*, L. I, de la société, t. VIII, sect. V, n° 12.

l'alinéa 5 du même article n'avait pas mentionné la déconfiture, elle aurait été implicitement comprise dans les « justes motifs » dont parle l'art. 1871. Et l'intérêt pratique n'est pas considérable de savoir lequel des deux textes s'applique en une espèce donnée. Si c'est l'art. 1871, la dissolution a lieu seulement quand l'un des associés la demande en notifiant aux autres sa volonté ; un jugement sera nécessaire en cas de contestation. Si c'est l'art. 1865-4°, il n'est point besoin d'une déclaration, la dissolution s'opère de plein droit, et c'est là l'innovation du Code, mais une décision judiciaire devra encore intervenir si l'associé considéré nie sa déconfiture.

La conséquence de ces observations est la suivante : on ne doit pas chercher à définir la déconfiture en essayant de déterminer quelles sont rationnellement les causes de dissolution de la société tirées de l'état des affaires d'un associé. Il n'est pas indispensable en effet, de voir ici dans la déconfiture soit l'ancienne notion de pauvreté, soit l'insolvabilité révélée par des signes externes, puisque l'art. 1871 permet, en fait, la dissolution dans des hypothèses moins graves que la pauvreté ou l'insolvabilité. Rien n'empêche d'admettre que l'art. 1865-4° entend par déconfiture l'insolvabilité établie par la saisie et la vente de tous les biens : la société finit de plein droit, sauf convention contraire, lorsque la discussion du patrimoine d'un associé entreprise par ses créanciers, a été déficitaire.

C'est un raisonnement du même genre qui doit être fait à l'occasion de l'extinction du mandat. La déconfiture du mandant ou du mandataire en est une des causes, mais le mandat finit aussi par la révocation du mandataire et par la renonciation de celui-ci

au mandat (art. 2003, C. civ.). La déconfiture n'est qu'un cas de révocation ou de renonciation présumées ; il est donc pratiquement sans intérêt d'y voir un autre état que l'état d'insolvabilité constatée par la discussion des facultés du mandant ou du mandataire : presque toujours, dès que la solvabilité de l'un sera devenue *douteuse*, l'autre aura expressément manifesté sa volonté de révoquer ou de renoncer [1].

Les hypothèses du mandat et de la société dans lesquelles, en parlant de déconfiture, le Code civil a abandonné le langage des anciens auteurs, ne soulèvent donc aucune difficulté. Aussi est-ce à propos de la déchéance du terme que le mot doit être défini [2], et il

(1) Faut-il décider que c'est l'insolvabilité elle-même et seule qui du jour où elle a commencé éteint le mandat et dissout la société à l'insu des parties. Doit-on dire au contraire que les effets de l'infériorité de l'actif datent du jour où la discussion a révélé le déficit, et se produisent sans aucun effet rétroactif ? Nous croyons que cette dernière solution est la meilleure. L'ancien Droit n'a jamais admis que l'insolvabilité latente soit un motif d'exclusion de la société, ou une circonstance dans laquelle le mandataire peut se considérer comme déchargé du mandat, ou encore un évènement qui vaut révocation tacite de la part du mandant. D'ailleurs la société et le mandat se prêtent peu, par leur nature, à une extinction rétroactive.

Mais alors s'il convient d'entendre ici par déconfiture la discussion déficitaire et de faire de la saisie et de la vente générale un élément constitutif et non plus un simple mode de preuve, ne doit-on pas transporter pareille notion en matière de déchéance du terme ? La controverse est sans aucun intérêt *étant donné le mécanisme de cette déchéance*. Qu'elle date de l'insolvabilité seule ou de la discussion déficitaire, le créancier ne peut toucher avant la fin de toutes les procédures de saisies car c'est alors seulement qu'il peut prouver la déconfiture, mais on doit toujours l'autoriser à former des oppositions conservatoires, car au moment de la saisie il est créancier pur et simple sous condition suspensive (la constatation future de l'insuffisance des biens).

(2) L'art. 1613 C. civ. relatif au droit de rétention du vendeur qui a accordé un délai pour le payement, signifie, selon nous, que ce vendeur pourra refuser de livrer la chose lorsque l'acheteur est devenu insolvable depuis la vente, mais qu'il doit opposer à la demande de celui-ci la preuve directe et mathématique de l'insuffisance de ses biens. S'il ne fournit point cette justification il est obligé à la délivrance et n'a plus que les droits d'un créancier à terme.

n'y a en suite aucun inconvénient à transporter sa signification en d'autres matières.

Ainsi nous avons procédé. Et telle fut également la méthode de la jurisprudence, qui après avoir été un instant tout près du système que nous avons adopté, construisit de toutes pièces une notion nouvelle de déconfiture, que l'ancien Droit n'avait point connue et à laquelle les rédacteurs de nos codes n'ont certainement pas songé.

§. **II.** — *La Jurisprudence antérieure à 1830 : la déconfiture est l'insolvabilité prouvée par la discussion du patrimoine.*

Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation des codes, les magistrats se souvenant encore de la déconfiture coutumière s'y réfèrent résolument. Il faut pour qu'il soit constant qu'un débiteur est déconfit et insolvable, que, tous ses biens ayant été saisis et vendus, ses créanciers n'aient pu être payés intégralement.

Mais deux étapes marquent cette période. La jurisprudence, en raison sans doute de la disparition du privilège du premier saisissant, perd de vue un temps la nécessité de cette procédure d'attente qui y était greffé. Puis, par un arrêt, à notre connaissance isolé, elle essaye de la reconstituer sur une base nouvelle ; elle admet que le créancier à terme peut former des *saisies* conservatoires, alors que l'ancien Droit lui permettait seulement le concours conditionnel aux exécutions entreprises par d'autres. Construit de la sorte, un pareil système était illégal ; il devait succomber rapidement.

1. — La décision de première instance dont l'appel fut jugé par la Cour de Bruxelles, le 17 février 1810, était ainsi rédigé : « Attendu qu'aucun citoyen ne peut être en faillite, s'il n'est commerçant ;.... et que *la déconfiture d'un particulier ne peut résulter que de la discussion de ses facultés*[1] ». La Cour de Bruxelles réforma, non parce qu'elle n'admit pas cette théorie de la déconfiture, mais parce qu'elle estima, à tort évidemment, que la faillite pouvait atteindre les non-commerçants.

Les arrêts de la Cour d'Aix du 25 février 1818 et de la Cour de cassation du 21 mars 1822, rendus tous deux dans la même affaire, sont aussi significatifs : « Attendu, lit-on dans le dernier, que l'état de déconfiture ne résulte pas uniquement d'un procès-verbal de carence des meubles du débiteur, mais de *la preuve de son insolvabilité après la discussion de tous ses biens, tant meubles qu'immeubles*[2] ». Et la Cour

---

(1) Bruxelles, 17 fév. 1810. D. J. G. v° Priv. et Hyp., n° 1427, in fine.

(2) Aix, 25 février 1818 et Cass. Req., 21 mars 1822, D. J. G., v° Contrat de mariage, n° 1687.

Voyez aussi : Bruxelles 23, mars 1811, D. J. G., v° vente, n° 1685, [et S. 1811, 2, 273 (Dissertation de Fournier Verneuil, notaire à Paris) :

Au mois d'août 1808, plusieurs effets souscrits par le sieur D. avoué furent protestés faute de payement. En cet état le sieur D. annonça à ses créanciers, par une circulaire, l'impossibilité où il était de les payer. Ces faits sont dignes de remarque, car la jurisprudence postérieure à 1830 y eut vu des signes non équivoques d'insolvabilité, en raison surtout de l'aveu du débiteur. L'arrêt ne s'en est pas contenté et même il n'y a attaché aucune signification : « attendu. . . . . que les appelants ont pleinement justifié que D. était en état de déconfiture, *à l'époque où ils ont intenté leur action, ce qui résulte tant de la comparaison de l'actif au passif, que du procès-verbal de distribution des deniers provenant de la vente des meubles, et qu'il serait inutile, pour établir le fait de son insolvabilité, d'attendre la discussion du peu de facultés qui lui restent, et qui sont dans une énorme disproportion de valeur avec le fardeau des dettes non acquittées* ». La discussion n'est pas achevée, mais nous sommes dans une de ces hypothèses prévues par Brodeau, Ferrière (*Corps et Com.*, art. 180 : « que si l'insuffisance était constante, certaine

de cassation, à la suite de la Cour d'Aix, déclara qu'en l'espèce l'art. 1446, C. civ. ne pouvait jouer au profit des créanciers de la femme.

2. — Cependant les tribunaux ne tardèrent pas à apercevoir le vice fondamental de leur système. Dire aux créanciers : prouvez que la discussion est déficitaire si vous voulez utiliser les droits que le Code civil vous donne dans le cas de déconfiture, c'est en pratique réduire à néant l'avantage que leur concède la loi, car c'est autoriser leur intervention seulement lorsque le débiteur n'a plus de biens. Nos Codes ont, en effet, rompu la concordance qui, sous l'ancien Droit, à cause du privilège du permier saisissant, existait entre l'époque de la preuve et celle de la répartition. La distribution définitive a lieu aujourd'hui avant la fin de la discussion, tandis que dans

---

et indubitable ») et aussi, comme nous l'avons expliqué, par Loysel.

La Cour de Bruxelles décida en outre que l'insolvabilité du jour de son existence et avant sa preuve entraînait l'indisponibilité des biens du débiteur et que par suite une cession de créance qu'il avait consentie depuis était nulle. C'était évidemment une erreur. (Voy, Cas. 3 mars 1869, D. 69, 1. 200). Il est bon d'indiquer l'espèce en détail, car, comme on l'aperçoit, pour faire annuler la cession, les créanciers avaient le temps d'attendre la fin de la discussion. Peu leur importait que les biens de l'obligé aient disparus au moment où ils apporteraient la preuve de son insolvabilité, puisque l'effet de cette preuve selon le système de l'arrêt, *rétroagissait* au jour de la cession-transport.

Nous reproduisons le passage essentiel de la dissertation signée Fournier Verneuil, que l'on trouvera sous l'arrêt (S. 11. 2. 277) : « Pour qu'il y ait déconfiture, il ne suffit pas qu'il y ait un rapport moral et secret entre le passif et l'actif du débiteur : il faut de plus qu'il y ait eu saisie à son préjudice, concours de créanciers se disputant le produit de la saisie, *réclamation du droit de contribution. attendu l'insuffisance de l'avoir du débiteur ;* enfin constatation ou aperçu qu'il y a *en effet* moins de biens que de dettes, C'est alors seulement, et *dans la réunion de toutes ces circonstances* que se trouve la déconfiture. Ainsi, il y a eu concours de créanciers avant qu'il y ait eu déconfiture ». C'est bien là la déconfiture coutumière, mais amputée de la procédure conservatoire et par conséquent, malgré l'apparence, complètement déformée.

Voyez encore : Rennes, 24 mars 1812. S. 1812. 2. 72 ; D. J. G. v° oblig. n° 398.

les Coutumes, en ce qui concerne les saisies infructueuses, elle se faisait après toutes les adjudications. Il fallait donc depuis 1804, soit avancer le temps de la preuve et pour cela ne plus exiger la démonstration mathématique de l'insolvabilité[1], soit ressusciter sous une forme nouvelle la procédure d'attente de l'ancien Droit et ne demander aux intéressés que la simple allégation de l'insuffisance générale.

Cette dernière idée, semble-t-il, a séduit la Cour supérieure de Bruxelles et lui a inspiré son arrêt du 28 juillet 1829.

Un créancier de dette non échue avait formé saisie-arrêt sur les sommes dues à son débiteur qui, affirmait-il, était insolvable. Ce dernier fait opposition à la saisie et niant sa déconfiture arguë de la nullité de l'exploit ; le créancier lors de l'instance en validité ne fournit point la preuve directe, d'après les résultats de la discussion du patrimoine, de l'insolvabilité. Le Tribunal rendit un jugement que l'arrêt de Bruxelles rapporte et réforme en ces termes : « Attendu, que l'appelante serait fondée dans sa demande en payement du capital par elle avancé aux intimés, avec les intérêts échus, *si elle venait à prouver* que les intimés, au jour de la demande et de la saisie dont il s'agit au procès, se trouvaient en état de déconfiture ; que dans l'espèce la dette étant certaine et liquide, et *le différend mû entre les parties* n'étant relatif qu'à l'époque du payement, l'appelante avait donc qualité pour faire saisir arrêter *à ses risques et périls*, et jusqu'à concurrence de sa créance les deniers dont il s'agit, *pendant ce différend, et pour le cas où il pourrait*

(1) C'est le système adopté par la jurisprudence postérieure à 1830.

conster suffisamment en justice de l'état de déconfiture à l'époque prémentionnée ; que par suite le premier juge a infligé grief à l'appelante *tant en lui adjugeant sa demande sans aucun examen préalable, qu'en déclarant à priori nulle la saisie dont il s'agit* ; Emendant..., etc.[1] ».

Le système de cet arrêt est le suivant : le créancier à terme, encore bien qu'il ne puisse prouver présentement la déconfiture, parce que la discussion n'est pas terminée, est néanmoins autorisé à pratiquer une saisie-arrêt conservatoire à l'encontre de son débiteur, il suffit à cet effet qu'il le prétende insolvable. Lors de l'instance en validité, le juge ne peut ni reconnaître l'existence de l'insuffisance d'actif, ni annuler la saisie ; il doit surseoir à statuer jusqu'au jour où la discussion étant achevée, la situation sera claire. Tandis que sous l'ancien Droit, ce sont les créanciers de sommes exigibles qui prennent les produits des saisies en fournissant caution, ici c'est le créancier à terme qui rend lui-même les biens indisponibles pour l'instant et s'en approprie plus tard la valeur s'il prouve alors la déconfiture.

La Cour de Bruxelles est dans la tradition en exigeant la preuve mathématique de l'insolvabilité. Elle y est encore en instituant une procédure d'attente, inspirée manifestement de l'art 180 de la Coutume de Paris, comme le donnent à penser les expressions : « Le différend mû entre les parties », « pendant ce

(1) Bruxelles 28 juillet 1829, D. J. G. v° obligations, n° 1296 :

« 3° que le créancier qui prétend que son débiteur est en état de déconfiture peut, pendant le temps nécessaire pour arriver à en fournir la preuve, pratiquer à ses risques et périls une saisie-arrêt contre ce débiteur ».

différend », et « pour le cas où il pourrait conster suffisamment en justice ». Mais de cette tradition la Cour de Bruxelles s'écarte lorsqu'elle autorise le créancier à terme à saisir. Elle oublie que la procédure conservatoire de l'ancien Droit fonctionnait uniquement dans le cas où des créanciers purs et simples poursuivaient l'exécution de leurs droits sur les biens du débiteur et que, seuls, les opposants à des procédures déjà commencées pouvaient en bénéficier.

Pour saisir, il faut être titulaire d'une créance exigible. Sans doute, si l'on assimile l'état de déconfiture à l'état d'insolvabilité, il suffit qu'au jour de la saisie le débiteur soit insolvable, à la condition d'admettre encore que l'insolvabilité produise ses effets de plein droit. D'où il suit alors, que le créancier à terme n'a pas à se munir d'un jugement prononçant la déchéance, avant de *commencer* la procédure d'exécution. Mais, il ne faut pas en déduire que, sur simple allégation d'insolvabilité et à une époque où les créanciers de dettes échues restent inactifs, la solution du procès qui naît entre le débiteur et le créancier à terme sur la validité ou la nullité de la saisie, doive être ajournée. Aucun principe de Droit ne l'autorise. La saisie considérée est-elle une saisie-exécution, l'obligé assigne-t-il le créancier en référé aux fins de voir déclarer la nullité du commandement pour défaut d'exigibilité, c'est devant le président du tribunal que le créancier prouvera l'insolvabilité. S'agit-il d'une saisie-arrêt, il sera tenu de fournir la même preuve au cours de l'instance en validité, sans pouvoir demander que celle-ci soit reportée après la discussion du patrimoine. Autrement, il serait bien trop facile à un créancier à terme de rendre indisponible

tout le patrimoine du débiteur en le prétendant insolvable, ce qui peut-être n'est qu'un prétexte, puisque dans ce système il ne serait même pas nécessaire d'établir que l'insolvabilité est plausible.

La Cour supérieure de Bruxelles en maintenant la nécessité de la preuve par les résultats de la discussion et en donnant le droit de saisir au créancier à terme, essayait donc de concilier deux principes opposés et contradictoires, par le moyen d'un artifice illégal.

Entre ces deux principes la jurisprudence dut nécessairement choisir ; se prononçant dès 1833, comme on va le voir, en faveur du deuxième, elle consomma la rupture avec la tradition de l'ancien Droit.

§. III. — *La Jurisprudence postérieure à 1830 : apparition et développement de la théorie des « signes externes de l'insolvabilité ».*

1. — La Cour de Lyon, le 3 août 1833, voit dans un procès-verbal de carence de meubles le signe de l'insolvabilité. Son arrêt, toutefois, se garde d'une telle précision. « Attendu, porte-t-il, qu'*il résulte ouvertement des faits de la cause que l'intimé débiteur de l'appelant se trouve en pleine déconfiture ; qu'ainsi c'était le cas de valider la saisie-arrêt pour le total des créances, sans distinction des sommes échues et de celles qui ne l'étaient pas* [1] ».

Le créancier à terme peut *saisir* ; il n'est pas obligé d'attendre que d'autres entreprennent des exécutions. Son droit ne se limite pas à des oppositions purement conservatoires et conditionnelles auxquelles la juris-

(1) Lyon 3 août 1833 ; D. J. G., v° oblig., n° 1296.

prudence ne fera jamais allusion. S'il s'associe à des saisies déjà formées, il *touche* immédiatement sa part dans la distribution.

En revanche, il n'est plus tenu de prouver l'insolvabilité par le résultat de la discussion du patrimoine. Il est autorisé à fournir la preuve requise par n'importe quel moyen, même par des présomptions graves précises et concordantes. Seulement, lorsque le créancier à terme ayant agi, se heurte à un débiteur qui nie son insolvabilité, il doit établir celle-ci dans le cours normal de l'instance qui s'engage et qui ne saurait être ajournée. Tel est bien le nouveau principe sous son double aspect, comme l'arrêt de 1833 le pose empiriquement.

Désormais, pour reconnaître l'existence de la déconfiture les tribunaux s'attachent aux divers faits tangibles par lesquels l'infériorité de l'actif, fait secret, se manifeste au dehors avant la vente de tous les biens. Ce sont *les indices ou signes externes non équivoques de l'insolvabilité*. Ils n'ont aucune valeur par eux-mêmes ; ils tirent toute leur vertu de cette circonstance qu'ils ne peuvent s'expliquer autrement que par l'insuffisance générale de l'actif.

La jurisprudence donne des exemples ; nous citerons : la saisie de tous les biens [1] ; le fait que le débiteur poursuivi en justice par de nombreux créanciers leur a adressé une circulaire sollicitant un arrangement, alors surtout que le mobilier a déjà été saisi et vendu au profit de certains d'entre eux [2] ; l'aveu de l'obligé [3] ; la vente à réméré par lui consentie de tous

(1) Toulouse 20 nov. 1835, D. J. G., v° oblig., n° 1297.
(2) Caen 23 mai 1842, D. J. G., v° oblig., n° 1296.
(3) Colmar 4 mai 1864, D. 64. 2. 230.

ses immeubles, accompagnée de stipulations rigoureuses révélant qu'il est aux abois[1]; sa fuite combinée avec son aveu[2].

2. — Extrêmement complexes sont ces signes dont les tribunaux ont déduits l'existence certaine de l'insolvabilité. La plupart supposent, soit des saisies antérieures et des distributions infructueuses entre certains créanciers et déjà définitives, soit des tractations onéreuses qui restent en principe opposables aux poursuivants. Un est simple cependant : l'aveu du débiteur, mais, en fait, on ne le rencontre jamais isolé.

Une autre remarque doit être faite. Il n'est pas possible d'écrire une formule générale précise ni de dresser une liste de ces indices non équivoques. On ne saurait même confectionner un catalogue de ceux auxquels la jurisprudence a reconnu quelque valeur, encore bien que l'on n'omette aucune des circonstances retenues par les rédacteurs des arrêts. Les magistrats, en effet, décident, semble-t-il, en la matière, en se fiant à leur impression bien plus encore qu'en s'attachant à un ou plusieurs faits déterminés. C'est, voulons-nous, dire, de l'ensemble des circonstances qu'ils induisent l'existence de la déconfiture ; leurs arrêts ne rappellent que quelques-unes de celles-ci, les plus significatives assurément, mais qui, peut-être, à elles seules n'auraient pas suffi. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1899,

(1) Orléans 30 avril 1846, D. 46. 2. 135.

(2) Cass. 4 août 1880, S. 81. 1. 56.
La jurisprudence belge a suivi la jurisprudence française, Voyez notamment : Bruxelles 2 fév. 1866, Pas. 1866, p. 193 ; Liège 31 déc. 1870, Pas. 1871, p. 94 ; Liège 22 mai 1872, Pas. 1873, p. 197.

laisse entendre qu'un simple refus d'acquitter une dette minime prouve l'insolvabilité : « Attendu, que la dame Barussaud n'a pas payé *à la première échéance*, le terme de *225 fr.* dont elle était débitrice et qu'un *protêt* faute de payement a été dressé contre elle ; qu'*en présence de cette insolvabilité*, etc...[1] ». Par contre, la Cour de Metz, le 16 décembre 1868[2], refusait de constater la déconfiture d'un débiteur qui avait grevé par contrat ou laisser grevé par jugement ses immeubles de dix-sept inscriptions, qui avait annoncé la vente de ces derniers, et laissé prendre par défaut contre lui un grand nombre de condamnations !

On apercevra combien inexacte est toute formule qui tenterait de généraliser les décisions judiciaires, en lisant celle donnée par le jugement de Bruges du 20 novembre 1882 : « Il faut que la supériorité du passif du débiteur, en égard à son actif résulte de faits d'une signification non équivoque, tels que les poursuites en justice, une saisie mobilière ou immobilière, la présentation de propositions concordataires, une cession de biens faite dans les termes de l'article 1265[3] ». Il est bien évident qu'il n'y a, en soi, dans aucun de ces faits un indice certain de la pénurie d'actif, sauf peut-être dans le dernier. Une seule définition se déduit donc de la jurisprudence : *la déconfiture, c'est l'insolvabilité manifestée au dehors par un ensemble de circonstances variables et n'ayant de valeur, l'aveu formel mis à part, que dans l'espèce envisagée.* Et l'on doit aussitôt ajouter : les signes

(1) Cass. 12 déc. 1899, D. 1900. 1. 112. L'arrêt en déduit la déchéance des termes subséquents.

(2) Metz 16 déc. 1868. D. 69. 2. 206.

(3) Bruges 20 nov. 1882, Pas. 1883, p. 78.

externes ne sont pas un élément constitutif de l'état de déconfiture, mais seulement un mode de preuve plus facile de celle-ci.

3. — Nous ferons par la suite une critique serrée de cette théorie ; marquons cependant dès à présent, outre l'impression quelle confère à la notion de déconfiture, les fâcheux résultats auxquels elle conduit.

Toute saisie de la part d'un créancier à terme, bien plus, tout acte par lequel il forme opposition aux distributions du produit des exécutions pratiquées par d'autres, sont nuls, s'il ne parvient à prouver l'insolvabilité dans le cours normal de l'instance qui s'engage parce que soit le débiteur, soit les saisissants repoussent sa prétention[1]. Or, très souvent, il sera à ce moment dans l'impossibilité matérielle d'apporter la justification requise par la jurisprudence. Certes, divers faits auront déjà éveillé l'attention et il y a lieu de *craindre* l'insuffisance des biens, mais aucun peut-être n'a encore la valeur d'un signe non équivoque : l'insolvabilité est possible, probable même, elle n'est pas établie. Le créancier à terme sera alors débouté ; le débiteur recouvre la pleine disposition de la valeur saisie, et, ce qui est plus grave et manifestement peu équitable, les autres créanciers saisissants dont les droits sont exigibles touchent seuls, et sans recours ultérieur possible contre eux, les produits d'une exécution qui à leur égard déjà est sans doute déficitaire. Il viendra bien un moment où la discussion s'achevant, l'insolvabilité sera patente : le créancier pourra prouver que l'effet du terme a disparu. Mais alors, il

(1) Dans ce dernier cas, au cours de l'instance du *contredit*, art. 610, 666 et s. C. proc. civ.

sera trop tard, car l'admettre à toucher une part dans les dernières saisies seulement, celles qui sont les moins productives et auxquelles tous les créanciers interviennent, c'est le réduire à recevoir seulement une portion infime de sa créance.

La théorie traditionnelle n'avait pas cet inconvénient. Nous avons admiré sa logique et sa souplesse. Evidemment, elle n'autorisait le créancier de dette non exigible qu'à former des oppositions conservatoires et conditionnelles pour le cas où la discussion apparaîtrait déficitaire ; elle n'écartait l'obstacle du terme qu'après l'achèvement de toutes les saisies, mais dès la première, le créancier diligent avait le moyen de sauvegarder ses droits. Ainsi donc, le Droit moderne en voulant augmenter les effets de la déchéance du terme arriva en fait à les diminuer.

Et, en considérant que la déconfiture rendait la dette à tous égards exigible, la jurisprudence fut amenée à rechercher l'artifice qui écarterait la compensation, lorsque le débiteur du créancier à terme a une créance échue contre lui. Pareille difficulté n'existait pas en Droit coutumier, l'insolvabilité prouvée par la discussion ne produisait qu'une conséquence : la faculté de toucher dans la contribution. Pour la résoudre, la Cour de cassation, par un arrêt célèbre du 30 mars 1892, faillit bouleverser tout le système de la jurisprudence antérieure et réduire considérablement les droits du créancier de dette non exigible, déjà fort restreints depuis 1833. Et, si sa théorie n'a pas eu une conséquence aussi fâcheuse, c'est que la Cour suprême s'arrêtant à mi-chemin n'a pas hésité à écarter en la matière l'application d'un principe juridique fondamental et à obscurcir encore la notion de

déconfiture, très claire pourtant sous l'ancien Droit. Mais sur ce point des explications détaillées sont nécessaires.

§. **IV**. — *L'arrêt de 1892 et la jurisprudence actuelle : la déconfiture ne produit pas ses effets de plein droit, le jugement qui constate l'insolvabilité est constitutif d'un droit nouveau mais rétroagés au jour de la demande. Conclusion.*

Avec la théorie des signes externes, il n'y a pas de règle fixe qui permette de reconnaître l'insolvabilité. D'où il suit, que les intéressés en contesteront souvent l'existence, les uns affirmant la réalité de la déconfiture, les autres la niant. Un jugement devra intervenir pour les départager. Mais cette décision sera-t-elle purement déclarative et recognitive d'un droit déjà né, ou bien créatrice d'un droit nouveau ? En d'autres termes, les conséquences légales de la déconfiture se produisent-elles par la force même de la loi, ou par l'effet d'un jugement, dès lors absolument nécessaire[1]».

La jurisprudence que nous avons examinée jusqu'ici, admettait implicitement, mais sans aucun doute, l'inutilité d'une décision judiciaire. Le juge constate que la déchéance du terme s'est opérée, il ne la prononce pas. Telle fut également l'opinion de la Cour de Douai, confirmant un jugement du Tribunal de Saint-Pol en date du 8 août 1889, par son arrêt du 1er mai 1890. La Cour suprême le cassait le 30 mars 1892, attendu « que la déchéance du terme résultant de

(1) Cette question ne doit pas être confondue avec celle-ci : l'insolvabilité ne peut-elle produire les dits effets que du jour où elle s'est manifestée au dehors, le signe externe est-il un moyen de preuve de la déconfiture ou un de ses éléments constitutifs ? Cependant ce dernier problème et le problème posé au texte sont en contact.

l'*insolvabilité* du débiteur n'est pas encourue de plein droit ; qu'elle doit être demandée en justice ; que le juge la prononce *s'il y a lieu*, après *vérification des faits qui la motivent ;* que les effets du jugement qui rend ainsi la dette exigible *ne sauraient en aucun cas remonter au delà du jour où la demande de payement a été formée*[1]. »

Nous commenterons d'abord cet arrêt de 1892 ; nous déduirons ensuite, avec la jurisprudence récente, les conséquences pratiques du principe posé par la Cour de cassation et les solutions auxquelles il semble devoir conduire.

1. — Le système nouveau, comme nous l'avons dit, est né visiblement de la nécessité d'écarter la compensation dans le cas de déconfiture entre la créance à terme et une créance du déconfit. Il ne faut pas, a pensé la Chambre civile, que le créancier d'une dette non exigible puisse être payé intégralement, par l'extinction de sa dette, alors que les créanciers des sommes échues, supportant seuls la perte résultant de l'insolvabilité, viennent au marc le franc sur un actif diminué de la créance éteinte par compensation.

En l'espèce, le débiteur était mort en état de déconfiture et son insolvabilité n'était pas discutée. Après l'acceptation bénéficiaire de sa succession[2], des créan-

(1) Cass. 30 mars 1892, D. 72. 1. 281, note Planiol ; S. 92. 1. 481, note Labbé, (Jug. de Saint-Pol et arrêt de Douai rapportés).

(2) Nous rappelons que si dans notre titre premier nous n'envisageons que l'hypothèse d'un obligé vivant, nous le faisons seulement pour fixer la notion de déconfiture et surtout pour critiquer les projets d'organisation de celle-ci. L'étude de l'arrêt de 1892 est donc bien ici à sa place : il détermine le mécanisme des effets de l'insolvabilité dans les deux hypothèses : vie et décès.

ciers de dettes échues formèrent les oppositions prévues par l'art. 808, C. civ., afin d'obliger les héritiers à payer par contribution. Ces mêmes oppositions avaient un autre effet : interdire *pour l'avenir* tout règlement par compensation. Une créance qui devient exigible par la suite contre l'hérédité ne peut être compensée avec une créance appartenant à la succession. Au contraire, la simple coexistence de deux dettes, toutes deux exigibles, avant la date des oppositions de l'art. 808, entraîne par la force même de la loi l'extinction de la plus forte jusqu'à concurrence de la plus faible.

Or, en l'espèce, une obligation à terme grevait le passif héréditaire au profit d'un créancier lui-même débiteur du défunt. Certes, la déconfiture remontant au moins à l'époque du décès, le créancier eut été en droit d'invoquer à ce moment la déchéance du terme qui en résulte ; il ne s'en prévalut toutefois que postérieurement aux oppositions.

Admet-on, par conséquent, que la déchéance, lorsqu'elle a lieu, est complète au point d'assimiler à tous égards la dette à une obligation normalement échue, il n'était dans l'espèce qu'un moyen d'écarter la compensation : décider que la déconfiture n'opère point de plein droit et qu'un jugement est nécessaire pour supprimer l'effet du terme. Mais fallait-il, dans les circonstances de l'affaire dont il se discutait, fixer comme date de la déchéance celle du jugement de Saint-Pol ? Point nécessairement, l'assignation ayant été déjà postérieure aux oppositions ; il suffisait de dire, ce que fit la Cour de cassation, « que les effets du jugement qui rend ainsi la dette exigible ne sauraient en aucun cas remonter au delà du jour où la demande de payement a été formée ».

Tels sont donc les mobiles de l'arrêt du 30 mars 1892 ; mais la Chambre civile étaye sa décision par des arguments d'ordre juridique. Quels sont-ils ?

Elle indique en premier lieu, semble-t-il, « que la déchéance du terme résultant de l'insolvabilité du débiteur n'est pas encourue de plein droit, qu'elle doit être demandée en justice. » Pourquoi ? La Cour de cassation ne le dévoile pas ; une seule raison propre au terme serait possible, à savoir que les déchéances sont en général judiciaires ; mais encore faudrait-il que l'arrêt l'eut fait remarquer. Aussi, nous n'hésitons pas à affirmer que ces « attendus » ne contiennent pas l'argument, et qu'ils annoncent seulement la conséquence du principe posé par la suite et qui est : « que le juge la prononce *s'il y a lieu, après vérification des faits qui la motivent.* »

Or, les faits dont s'agit sont les signes externes de l'insolvabilité. C'est à raison de leur incertitude et parce qu'ils sont souvent sujets à controverse à propos de leur signification, qu'ils doivent être vérifiés en justice. Ils n'ont de valeur qu'après une interprétation donnée par le juge, de laquelle date, en principe, l'effet de la déconfiture. Cependant, se rendant compte sans doute de la faiblesse de son raisonnement qui conclut de la seule nécessité pratique de trancher un différend à la nécessité légale d'une décision judiciaire[1], la Cour de cassation ne se refuse pas à admettre une certaine rétroactivité de celle-ci. En cela, elle satisfait au principe que le jugement dont s'agit « discerne simplement

(1) Ce raisonnement est tout particulièrement faible en l'espèce : l'existence de la déconfiture complète au jour même du décès n'était niée par personne (très probablement d'ailleurs parce que l'insolvabilité était *directement* constatée par l'inventaire).

la vérité au milieu des allégations contradictoires des parties[1] ». Mais elle arrête cette rétroactivité au jour de la demande ; en cela elle contredit le même principe. Et de deux choses l'une : ou bien, la décision est créatrice d'un droit nouveau, alors la déconfiture devenant l'insolvabilité constatée en justice, ne produit ses effets que du jour où le juge a reconnu l'insuffisance de l'actif ; ou bien cette décision est purement déclarative, alors elle rétroagit jusqu'à l'époque où l'insolvabilité a commencé. Nous ne disons pas : jusqu'au jour où les signes externes ont apparu en fait ; en effet, l'arrêt de 1892, semble bien repousser le système qui incorpore les indices non équivoqués à la notion de déconfiture, « la déchéanee du terme résultant de *l'insolvabilité* », dit la Chambre civile.

2. — La jurisprudence récente, statuant cependant dans des espèces où la compensation n'était pas en jeu, a adopté et développé la théorie de la Cour de cassation. Un jugement de déconfiture est nécessaire, il rétroagirait toutefois à la date de la demande[2].

Il serait trop long et, d'ailleurs, inutile d'exposer en détail, l'espèce extraordinairement compliquée à l'occasion de laquelle la Cour de Grenoble rendit un arrêt le 16 décembre 1904[3]. La Cour décide d'abord que la

(1) Note de M. Planiol sous l'arrêt précité.

(2) Nous avons écrit « jugement de déconfiture », en effet l'arrêt de 1892 est fondé non point sur la notion de déchéance, mais sur la notion de déconfiture et sur les caractères de son mode de preuve. Il n'est donc point spécial à l'hypothèse du terme et pourrait-être transporté dans la matière des autres effets de l'insolvabilité sur la société et le mandat par exemple. A cet égard nous ne connaissons pas de décisions judiciaires.

(3) Grenoble 16 déc. 1904. D. 1906. 2. 400 (note non signée dans le même sens). En outre de la question relative à la déconfiture et au mécanisme de la déchéance du terme, il s'agissait d'interpréter une convention et de fixer le point de départ d'une prescription.

déchéance du terme ne se produit pas par l'effet même de la loi : « Attendu... qu'en admettant que l'art. 1188, C. civ. n'ait pas une portée restreinte, donnant seulement au créancier à terme le droit de concourir avec les autres à la distribution des deniers réalisés, il est du moins admis en jurisprudence que *la déchéance du terme résultant de l'insolvabilité du débiteur n'est pas encourue de plein droit et doit être demandée en justice* ; que la loi, en effet, n'a pas défini la déconfiture, *parce qu'il n'existe pas de signes précis qui la caractérisent* et qui permettent, en outre, de fixer la date à laquelle elle se produit ; que l'on comprend ainsi *qu'aux juges seuls, il appartienne de prononcer une déchéance qui comporte la vérification et l'appréciation de faits souvent complexes et sujets à contestation*[1] ».

Puis, l'arrêt refuse de voir une demande en justice dans le fait que le créancier convoqué par le juge-commissaire aux fins d'une tentative d'ordre amiable a effectivement répondu à cette convocation, « mais uniquement pour déclarer que, son inscription ne venant pas en rang utile, il était sans intérêt dans l'ordre et ne s'opposait pas à la radiation de cette inscription ».

Et, la Cour de Grenoble déclare, en conséquence, que la prescription n'avait pu courir contre le créancier à partir de cette dernière époque, parce que l'effet du terme n'avait pas encore cessé. Ici donc, à raison de la complexité des circonstances, la théorie de la

(1) Pourtant, en l'espèce, la déconfiture était *mathématiquement* établie depuis plus de 30 ans ! Tous les immeubles (et vraisemblablement tous les meubles) avaient été saisis et vendus en 1870 ; un ordre amiable fut clos la même année. En 1900 le débiteur recevait un héritage, le créancier non payé en 1870 l'assignait aussitôt.

Chambre civile développée par l'arrêt de Grenoble, favorisait le créancier à terme et aboutissait à une solution inattendue.

Par contre, de la même théorie, c'est la solution normale et directe que la Cour de cassation déduisait elle-même, le 6 février 1907[1] : une saisie exécution est nulle si elle a été pratiquée antérieurement à l'assignation en déchéance du terme. Elle aurait été valable, semble bien dire l'arrêt, si le créancier avait pris soin d'assigner en même temps qu'il faisait le commandement qui constitue le premier acte de la saisie[2].

Ainsi comprise cette jurisprudence qui, d'ailleurs, n'est peut-être pas encore arrivée au dernier stade de son évolution, n'aggrave point en fait, *grâce à son illogisme*, la situation du créancier d'une dette non échue. On lui impose seulement une formalité supplémentaire : l'assignation en déchéance qu'il aura soin de signifier juste la veille du commandement qui précède

---

(1) Cass. civ. 5 fev. 1907, D. 1908. 1. 408. Les motifs de principe y sont la copie littérale de ceux de l'arrêt de 1892.

(2) Un arrêt rendu entre 1892 et 1907 et toujours par la Chambre civile semble marquer une hésitation et peut-être un revirement temporaire de jurisprudence ; c'est l'arrêt déjà cité du 12 décembre 1899 (D. 1900. 1. 112). « Attendu porte-t-il, que des faits ainsi constatés le tribunal d'Angoulême a pu valablement tirer cette conséquence, que le 2 juillet 1897, au moment ou l'opposition formée entre les mains de Chaboussaud lui a été signifiée, la dame Barussaud était en état de déconfiture ; qu'il a pu par suite légalement déclarer que la demanderesse en cassation était en vertu de l'art. 1188 déchue du bénéfice du terme ».

On pourrait soutenir, il est vrai que la dénonciation au saisi de l'exploit de saisie-arrêt vaut demande en justice, car à cet acte se joint habituellement l'assignation en validité, ou pour parler plus exactement, que la procédure même de saisie-arrêt comporte une demande en justice. Cependant cette demande n'avait pas été formée en l'espèce ; en effet, la Cour de cassation déclare : « Sur la première branche du moyen relative à la nullité de l'opposition résultant de ce que cette opposition *n'a pas été suivie d'une demande en validité*, attendu que cette nullité n'étant pas d'ordre public ne peut-être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation ». Nous pensons donc que cet arrêt de 1899 contredit celui de 1892 dont le système sera repris seulement en 1907.

la saisie. Et même en matière de contribution rien ne se trouve changé. Le créancier, par prudence, a formé opposition à la saisie ; il est assuré désormais que la contribution sera judiciaire à moins que le débiteur et tous les autres créanciers reconnaissant la déconfiture dispensent le créancier à terme de prendre jugement. La production de ce dernier qui se présente sous la forme d'une requête adressée au juge-commissaire est l'équivalent d'une demande en justice[1], rien n'empêche, d'ailleurs, de signifier à l'obligé un exploit d'ajournement spécial. Sur son état de collocation provisoire, le juge-commissaire ne fait point figurer le créancier. Celui-ci forme un contredit ; le tribunal s'il constate la déconfiture prononce la déchéance du terme ; tous les actes antérieurs du créancier se trouvent *rétroactivement* validés ; il touchera lors du règlement définitif.

Au contraire, très graves seraient les conséquences de la théorie, en tous points juridique cette fois, qui fixerait la date de la déchéance du terme au jour du jugement de déconfiture. Le commandement, l'exploit de saisie-arrêt, l'opposition, la production à la contribution sont nuls *a priori* et de plein droit si le créancier ne s'est pas muni *auparavant* d'une décision judiciaire écartant l'obstacle du terme. Or, il s'écoulera de longs mois avant qu'il ait pu obtenir ce jugement définitif que le débiteur s'emploiera à retarder le plus possible. Entre temps, les autres créanciers ont agi, ils se sont emparés déjà du plus clair de l'actif. S'ouvre-t-il une contribution, le créancier à terme s'y présente-t-il dans les délais

(1) Dissertation de M. de Loynes, D. 1911. 1. 225.

légaux, c'est-à-dire dans le mois qui suit les sommations de produire, contredit-il au règlement provisoire qui l'écarte, assurément il interviendra un jugement avant le règlement définitif. Le tribunal constatera bien la déconfiture, mais devra prononcer en même temps la nullité de la demande *en ce qui concerne la présente contribution.* Le jugement ne vaudra que *pour l'avenir,* et contre les seuls créanciers représentés à l'instance par l'avoué le plus ancien (art. 667 C. proc. civ.). Sans doute, les deniers de la procédure dont s'agit ne sont pas encore distribués, puisque le contredit a fait obstacle au règlement définitif, mais la production nouvelle que le créancier nanti de son jugement pourrait avoir l'idée de présenter, valable dans son principe, puisque la dette est désormais exigible, serait encore inopérante parce que *tardive* : le créancier est forclos depuis l'expiration du délai d'un mois à compter de la sommation de produire, en vertu de l'art. 606, C. proc. Du moins, sera-t-il encore à temps pour intervenir dans les autres procédures ? C'est peu probable : la déconfiture est certaine, les signes tangibles l'ont révélée, tous les créanciers se sont rués sur le débiteur, les biens encore disponibles ont été saisis tous ensemble, et, si toutefois les procédures de contribution n'ont pas été jointes, elles sont parvenues à peu près au même degré d'achèvement.

La rétroactivité du jugement de déconfiture empêche des résultats aussi fâcheux, mais en écartant en la matière l'application d'un des principes les plus certains de notre Droit : créant une situation nouvelle le jugement, dans le silence de la loi, ne saurait remonter quant à ses effets au jour de la demande.

3. — Cet illogisme cependant n'est, à vrai dire, qu'une résurrection du système coutumier qui admettait les créanciers invoquant l'insolvabilité à participer par provision aux procédures ; l'insuffisance n'était certaine qu'après l'achèvement de la discussion, mais la constatation judiciaire du déficit rétroagissait jusqu'à l'époque où les intéressés avaient affirmé qu'il existerait. La tradition légitime, par conséquent, la théorie de la Chambre civile ; point toute entière cependant : la rétroactivité ne saurait permettre la saisie. Celle-ci est possible seulement si la déchéance du terme est automatique, alors la dette est effectivement exigible le jour du commandement. Décide-t-on, au contraire, que l'exigibilité est subordonnée à un jugement de déconfiture, le commandement était radicalement nul, il doit le rester ; on ne peut lui donner artificiellement par rétroactivité une force qu'il n'a jamais eu par lui-même.

Quand un créancier dont la dette n'est pas échue forme une saisie-arrêt, l'exploit signifié au saisi est nul encore bien que l'échéance fut arrivée au moment du jugement de validité. Pareillement le même acte serait sans valeur aucune si la dette n'était pas certaine parce que, par exemple, le débiteur en conteste l'existence, un jugement purement déclaratif fut-il intervenu en faveur du créancier au cours de l'instance en validité [1].

(1) Ainsi le créancier en vertu d'un accident à lui causé par un tiers n'a pu saisir-arrêter une créance de ce dernier avant sa condamnation définitive en justice, même si le jugement qui reconnait le tiers responsable et fixe l'indemnité avait été rendu au cours de l'instance en validité. Le créancier devrait signifier un nouvel exploit, le premier étant nul, et la cession-transport faite par le débiteur entre les deux actes serait valable. Pourtant le jugement de responsabilité est purement déclaratif : ses effets remontent bien au jour de l'accident qui a engendré la créance par la force même de la loi.

À plus forte raison, tout exploit de saisie-arrêt, tout commandement doivent-ils être interdits au créancier à terme avant le prononcé du jugement de déconfiture s'il est constitutif d'un droit nouveau.

C'est pourquoi la jurisprudence abandonnera sans doute l'idée de rétroactivité qu'elle n'a, d'ailleurs, ni formellement adoptée, ni encore réellement appliquée. Mais elle la maintiendra en ce qui concerne uniquement les oppositions aux saisies et distributions, en se fondant soit sur l'ancien Droit, soit sur ce que le résultat de la discussion encore inachevée joue le rôle d'une condition et permet les actes conservatoires au créancier dont l'exigibilité anticipée du droit est subordonnée à la découverte de l'insolvabilité.

Qui ne voit alors que la jurisprudence ayant fait ce premier pas vers l'ancien Droit en fera peut-être un second et dernier ?

Si c'est, en effet, uniquement à raison de l'incertitude des signes externes de l'insolvabilité que la Cour de cassation exige un jugement, ne serait-il pas rationnel de faciliter la tâche du juge et d'attendre avant qu'il ne rende sa décision, que l'incertitude ait naturellement disparue par la discussion du patrimoine tout entier ? Certes, on retarderait ainsi le jugement, mais qu'importe, puisque quant aux oppositions et productions, il est doté d'un effet rétroactif. Sans doute encore, le réglement définitif de la contribution ne saurait être aussi ajourné, mais il suffit de considérer le créancier à terme, au point de vue de l'exigibilité anticipée de son droit pour cause de déconfiture, comme un créancier conditionnel et d'imposer aux créanciers qui touchent l'obligation éventuelle, munie d'une sûreté, de verser entre les mains du titulaire du

droit non échu sa collocation d'ores et déjà calculée, si plus tard on constate l'insuffisance générale des biens. Et l'avantage pratique de ce système est le suivant : le créancier à terme peut intervenir utilement à la saisie ou à la contribution, alors que, les indices de l'insolvabilité étant encore douteux, il serait incapable de la prouver au cours de l'instance en validité ou au cours de l'instance de son contredit.

Voilà comment *peut-être* la jurisprudence récente, en critiquant elle-même la théorie des signes externes, que les arrêts précédents avaient, d'ailleurs, construite de toutes pièces, tend à l'éliminer complètement. Elle s'achemine vers la claire conception coutumière : la déconfiture est l'insolvabilité *mathématiquement* établie par le résultat déficitaire d'une discussion réelle ou fictive, mais les intéressés en *invoquant* simplement l'insuffisance obtiennent aussitôt *la conservation provisionnelle* de leurs droits, *si les autres créanciers saisissent les biens du débiteur.*

Quoi qu'il en soit de l'avenir, il est certain que le système jurisprudentiel depuis 1830, encourt les plus graves reproches. La théorie des signes externes de l'insolvabilité entraîne les résultats regrettables que nous avons signalés et qui suffisent à sa condamnation.

Cette institution d'ordre très secondaire qui porte le nom de déconfiture dans notre Droit, est loin déjà d'être parfaite. L'on propose cependant d'agrandir considérablement son domaine en ajoutant aux quelques effets actuels de l'insolvabilité révélée par des indices non équivoques de nouvelles conséquences légales autrement considérables dont la plupart se produiraient, d'ailleurs, seulement au jour d'un juge-

ment déclaratif. Mais nous allons essayer de montrer que dans cette même déconfiture, il n'y a point l'étoffe d'une grande institution.

SECTION II.

Ce que serait en fait l'organisation de la Déconfiture proposée par les auteurs : Arbitraire du juge ; Tardivité d u jugement déclaratif ; Les prétendus signes de l'insolvabilité sont aussi bien les signes de la dissimulation d'actif par un débiteur solvable. Conclusion.

Afin d'assurer le respect forcé de l'égalité entre les créanciers chirographaires d'un même débiteur insolvable, on propose d'organiser la déconfiture. Mais l'on entend par déconfiture : l'insolvabilité manifestée au dehors par des signes tangibles et non équivoques avant la discussion du patrimoine ; et l'organisation dont on parle est une procédure imitée de la structure interne de la procédure des faillites, collective et égalitaire, s'ouvrant seulement le jour où le juge ayant constaté l'existence des indices notoires déclarerait la déconfiture.

A la suite de cette observation essentielle, car notre critique ne portera pas sur une autre théorie, nous ferons une deuxième remarque.

Ici nous n'aborderons pas encore le fond du débat. Nous ne combattons pas l'idée même d'une faillite civile. Mais supposant, et qu'il soit nécessaire d'étendre aux débiteurs non-commerçants les principales règles des articles 437 et suiv., C. com., et qu'il faille parvenir à la distribution effectivement égalitaire de tout l'actif, nous tenterons de montrer que la solution préconisée par l'école classique doit être écartée *a priori*. Il ne s'en suit pas que notre problème général

ne puisse plus se poser. Il en résulte seulement qu'il convient d'en rechercher une autre formule, car les systèmes de faillite civile dont la cause d'ouverture serait *la manifestation spontanée de l'insolvabilité* ne méritent pas une discussion quant au fond.

Nous rappelons, enfin, que nous nous sommes placés pour l'instant, uniquement dans l'hypothèse d'un débiteur vivant.

§. I. — *Arbitraire du Juge ; il ne peut-être évité ; ses conséquences fâcheuses.*

Déclarer un débiteur en faillite est chose grave, surtout s'il n'est pas commerçant.

C'est pourquoi la loi qui instituerait une faillite civile devrait préciser très exactement les faits donnant ouverture à cette voie de rigueur, et en dresser une liste limitative ; on ne saurait laisser sur ce point aux tribunaux une entière liberté d'appréciation : ce serait ouvrir la porte à l'arbitraire[1]. De plus, il est indispensable que ces faits soient matériellement tangibles, nets, francs, faciles à constater et tels, enfin, que le juge ait pour seule tâche de vérifier leur existence, non de les interpréter.

(1) Nous prenons l'expression « arbitraire du Juge » dans son sens juridique : entière liberté de décision donnée aux tribunaux par la loi, non dans son sens vulgaire et préjoratif. Il y a arbitraire lorsque dans une matière où des principes de Droit sont en jeu, le législateur permet aux juges du fond de statuer en fait. Il existe des degrés dans l'arbitraire ainsi défini. Le tribunal peut d'abord être autorisé à juger *ex æquo et bono*. Ce n'est pas — en théorie du moins — notre hypothèse puisque les magistrats n'auraient pas mission de rechercher si dans telle espèce il vaut mieux substituer la voie collective aux voies individuelles : ils seraient tenus de rendre un jugement déclaratif de faillite civile quand ils auraient constaté l'existence de l'insolvabilité. Mais il y aurait encore arbitraire du juge, si celui-ci était libre de décider que l'insolvabilité est manifeste ou ne l'est pas, alors que la loi ne fixe nullement *in concreto* les cas où l'insuffisance de l'actif est légalement certaine. Conf. note suivante.

1. — La cessation de payements est la condition unique dans notre Droit d'une déclaration de faillite à l'encontre d'un commerçant. C'est un évènement qui ne suppose pas l'insolvabilité et qui est infiniment plus simple que la plupart des manifestations extérieures de la pénurie. Le tribunal examine si le débiteur fait face ou non à ses échéances ; il n'a pas d'autre devoir. Le plus souvent la production de quelques protêts entraînera la déclaration de faillite.

Et pourtant, des auteurs considérables[1] ont attaqué l'imprécision de l'art. 437 et ont demandé que les causes d'ouverture de la faillite commerciale soient non seulement énumérées dans la loi, mais encore réduites à de purs faits. C'est que la cessation de payements suppose quelque chose de plus que l'inexécution d'une ou plusieurs obligations commerciales. Il faut, selon la formule courante, qu'elle révèle une gêne certaine et non passagère et que le crédit du négociant soit sérieusement atteint[2]. Certes, le plus souvent, pour ne pas dire toujours, de nombreuses dettes importantes n'auront pas été acquittées, lorsque le tribunal de commerce sera saisi. Ce dernier a, d'ailleurs, la faculté de renvoyer à huitaine ou à quinzaine le prononcé de

---

(1) E. Thaller, *Les faillites en Droit comparé*. 1887, T. I, p. 167 et s. :
p. 168 : « Malgré ces quelques variantes le principe de la cessation des paiements l'emporte et c'est ce qu'il faut regretter Il est bon d'investir les magistrats d'un pouvoir d'appréciation d'une certaine largeur dans l'examen des causes, mais encore ne convient-il pas de leur abandonner trop libre carrière. A en croire un vieux dicton la meilleure loi serait celle qui laisse le moins de marge à l'arbitraire du juge..... »
p. 169 : « Tel négociant, failli à Bordeaux, ne le serait pas au Havre, ni ailleurs, les circonstances étant les mêmes ».
p. 170 : « Si ce régime n'est pas le bon plaisir il y ressemble quelque peu ». — Note 2 : « M. Bédarride (Des fail. n° 59) a trouvé une expression plus juste, « Le droit est ici fort voisin de l'abus » dit-il..... »

2) Nous reviendrons sur la nature de la cessation des payements.

sa décision, et généralement dans cet intervalle des faits nouveaux auront définitivement caractérisé la situation d'un débiteur dont les diverses échéances sont rapprochées dans le temps. Les cas douteux seront donc rares. Pratiquement, une seule difficulté se rencontre : à quelle date fixer la cessation de payement ?

Néanmoins, et très légitimement selon nous, on a soutenu qu'il était nécessaire de substituer une formule plus précise et plus objective à celle de l'art. 437. La loi belge soumet à la faillite le commerçant qui cesse ses payements « et dont le crédit est ébranlé[1] ». Mais, ce n'est point donner aux juges un critérium plus commode.

La législation anglaise[2] mérite, semble-t-il, d'être imitée. Elle énumère les causes d'ouverture et range

(1) Art. 437, Code com. belge.

(2) Act. de 1883 (46-47, Vict.) chap. 32 sect. 4. refondu en 1914 (4 t. v. Géo, 5, an Act. to consolidate the Law relating to Brankruptcy). — M. Thaller (p. 178) voudrait que la loi française imite la loi anglaise et fixe pour cause principale d'ouverture de la faillite commerciale : *la sommation d'huissier* non suivie de payement dans un certain délai. Et poursuivant son raisonnement il propose de subordonner la faillite civile à l'existence de la même condition. Mais cette procédure ne serait ni une déconfiture organisée, ni une procédure d'insolvabilité. Le refus de payer après sommation n'est pas, en effet, un signe de la pénurie. Sur ce point donc M. Thaller s'écarte nettement de l'opinion classique.

Dans notre présent chapitre nous n'examinons pas les systèmes dans lesquels la mise en faillite du non-commerçant serait possible pour d'autres causes que la manifestation spontanée de l'insolvabilité véritable et dans lesquels la loi n'obligerait pas les créanciers à établir l'infériorité certaine de l'actif par rapport au passif. C'est pourquoi nous nous bornons ici à noter simplement la solution préconisée par M. Thaller.

Le savant professeur écrit d'ailleurs (p. 176) « Faudra-t-il déclarer la faillite recevable quand le créancier démontrera l'*insolvabilité* de son débiteur..... ? Tel n'est pas mon avis : statuer ainsi c'est tourner dans un cercle vicieux Le créancier manque des éléments nécessaires pour évaluer à distance les biens formant le patrimoine de son débiteur et la preuve de son insolvabilité est à peu près impossible à fournir : ce n'est que la faillite déjà déclarée et l'inventaire confectionné après son ouverture qui le renseigne à cet ègard ».

parmi elles le fait que le commerçant sommé de payer n'aura pas acquitté sa dette avant l'expiration d'un certain délai. On ne saurait imaginer un meilleur système : la tâche du juge est facilitée, les créanciers savent exactement dans quelles circonstances la voie de faillite leur est ouverte, les débiteurs sont à l'abri d'une erreur d'appréciation de la part du tribunal.

Si telle est la tendance en la matière[1], quelles critiques ne doit-on pas adresser à tout projet de réforme qui ferait des signes externes de l'insolvabilité les causes d'ouverture d'une faillite civile !

2. — Quelques auteurs ont bien aperçu la difficulté et ont voulu écarter une formule théorique et générale. Ils proposent que la loi à intervenir fixe exactement quels sont les faits tangibles par lesquels se manifeste la pénurie d'actif[2]. Mais nous savons déjà ce qu'il faut penser d'une telle idée. Elle est inadmissible. Il n'existe pas de signes qui révèlent nécessairement l'insolvabilité. La multiplicité des poursuites ou des saisies, l'ouverture d'une ou plusieurs procédures de contribution, la fuite du débiteur, la concomitance même de tous ces évènements rendent vraisemblable l'insuffisance des biens, mais ne la prouvent pas toujours. Dresser une liste de cas dans lesquels le juge serait tenu de déclarer la déconfiture, lui interdire en même temps de prononcer la mise en

(1) Cette tendance est en réalité plus générale et se retrouve dans d'autres domaines juridiques. Elle consiste à « *transformer les qualités en quantités*, de façon à obtenir, au lieu d'une enveloppe molle et flasque livrée à tous les flottements de l'appréciation arbitraire, une ligne droite et ferme, assurant la précision de la conduite comme des jugements » (Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, troisième partie, *Elaboration technique du droit positif*, 1921, p. 59, n° 197).

(2) Dupin, *op. cit.*, p. 204.

faillite en dehors des hypothèses prévues, ce serait pratiquement décider que des débiteurs solvables pourraient être atteints par la voie collective, tandis que des insolvables y échapperaient. Or, à organiser la déconfiture, il est indispensable que la procédure soit ouverte uniquement lorsque la pénurie s'est manifestée, mais chaque fois qu'elle est apparue.

Cependant l'aveu de l'obligé semble le signe le plus fréquent et le plus sûr. On éviterait l'arbitraire du juge et l'on assurerait la protection du débiteur, si l'on subordonnait la déclaration de déconfiture à l'existence de ce fait pur. Certes la liquidation collective aurait un domaine plus restreint, la déconfiture devenant l'insolvabilité reconnue en justice par l'obligé. Mais l'institution nouvelle ainsi construite serait acceptable en soi et fonctionnerait facilement. Aussi a-t-on proposé très judicieusement « d'exiger comme condition constitutive de l'état de déconfiture, l'aveu fait par le débiteur de son insolvabilité, soit qu'il provoque lui-même l'ouverture du concours, soit qu'assigné par un créancier, il ne conteste pas, ou que s'il ne comparaît pas, son défaut doive être interprété nécessairement comme un aveu. On pourrait encore ne maintenir que le concours volontaire et écarter absolument le concours forcé...[1] ».

(1) Daniel, avocat-général, (depuis conseiller honoraire à la Cour de cassation), *De l'insolvabilité civile dans l'antiquité et les législations modernes, de l'organisation de la déconfiture en droit français,* discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée à la Cour d'appel de Montpellier, le 16 octobre 1893 (Imprimerie Jean Martel aîné, Montpellier) p. 48, note. L'étude de M. Daniel est une intéressante synthèse des idées devenues aujourd'hui classiques sur l'organisation de la déconfiture ; elle contient en outre malgré son cadre restreint une série d'aperçus originaux. Nous nous faisons un plaisir de remercier très respectueusement à cette place M. Daniel, qui a bien voulu nous faire parvenir un exemplaire de son discours.

Et c'est bien à un tel système restrictif que l'on parvient si l'on essaye de « *matérialiser* » l'insolvabilité, si l'on en cherche le signe toujours certain et simple, facile à constater, ayant dans toutes les espèces et quelles que soient les circonstances, identiquement la même valeur. Mais alors qui ne voit l'insuffisance et même l'inutilité de la réforme ainsi envisagée !

N'oublions pas, en effet, que la procédure collective dépouillant le débiteur de tout son patrimoine est redoutable. L'obligé cherchera à l'éviter. Il se gardera bien de révéler lui-même son état, si l'aveu exprès ou tacite est la seule cause de faillite. Assigné, il comparaîtra. Il niera même l'évidence, affirmant toujours la suffisance de son actif. La loi ne s'appliquerait jamais. Et, d'ailleurs, notre droit possède déjà une institution assez semblable : la cession de biens judiciaire. Les débiteurs n'en font aucun usage depuis l'abolition de la contrainte par corps. Ils préfèrent voir leurs créanciers engager des procédures interminables de saisies immobilières, ou se disputer le prix de leurs meubles. Si l'obligé est effrayé par la faillite, le créancier l'est par la saisie. Et le premier tire souvent un bénéfice des craintes et des hésitations du second. Aujourd'hui, le débiteur non-commerçant confesse volontiers son état d'insolvabilité ; il y trouve un avantage : le créancier, dans son propre intérêt, transigera et fera remise partielle de la dette afin d'être payé aussitôt. Mais qu'une loi organise la déconfiture et dessaisisse de tous ses biens l'obligé qui reconnaît sa pénurie, aussitôt les débiteurs cacheront leur état. Le mensonge les sauvera de la faillite.

Une solution nouvelle apparaît alors. Il faudrait rétablir la contrainte par corps ou créer quelque autre

voie coercitive qui faisant pression sur la volonté du débiteur le déterminerait à avouer l'insuffisance de son actif. L'idée, certes, mérite un sérieux examen, mais avec elle, on brise le cadre dans lequel les auteurs ont enfermé notre problème. Il ne s'agit plus d'organiser la déconfiture si l'on prend ces mots dans le sens étroit qui leur a été donné par la jurisprudence. La contrainte par corps, en effet, voie d'exécution comme la saisie, atteint par définition tout débiteur qui refuse de payer, qu'il soit ou non insolvable. Doublée et précédée d'une institution auxiliaire faisant corps avec elle, la faillite civile change de caractère et la déconfiture doit se définir autrement. Celle-ci n'est plus l'insolvabilité dont l'apparition est *naturelle* et *spontanée*, elle devient l'infériorité de l'actif au passif dont l'*aveu* de la part du débiteur a été directement *provoqué*. Or, notre présente étude ne concerne que la déconfiture organisée selon les modes proposés par les auteurs, M. René Garraud[1] en particulier, ou par les membres du Parlement comme M. Emile Bender, député[2]. Nous n'avons donc point dans ce chapitre à discuter d'autres projets de réforme.

(1) René Garraud ; *De la déconfiture*. op. cit., p. 268 et 269 : « Essayons de formuler ces réformes..... Art. 1. — La déconfiture est l'état d'un non-commerçant notoirement insolvable. Art. 2. — La déconfiture est déclarée par jugement du tribunal civil du domicile du débiteur, rendu, soit à la requête du ministère public, soit sur la déclaration du débiteur..., soit à la requête au moins de deux créanciers... Je n'impose pas, sous une sanction pénale, au non-commerçant l'obligation de déclarer sa déconfiture ».

Et p. 267 ; « La contrainte par corps, étant en matière civile, une épreuve de solvabilité et une peine contre le dol ou la faute, son abolition laisse en matière civile le dol et la faute impunis, comme elle empêche un créancier de savoir au juste si l'insolvabilité est bien réelle. Pour combler cette lacune faut-il rétablir la contrainte par corps ? Nullement, mais il faut transporter en matière civile le système de la faillite, c'est-à-dire organiser la déconfiture des non-commerçants avec dessaisissement forcé... »

(2) Voyez infra même § n° 3.

3. — Mais s'il est impossible que le législateur dresse une liste limitative des cas concrets de déconfiture, quels inconvénients sérieux et pratiques y aurait-il à écrire dans la loi une simple définition abstraite et à laisser la conscience des magistrats libre de décider selon les circonstances de chaque espèce ? L'arbitraire du juge est-il vraiment tant à redouter dans notre matière ? Non, répond la grande majorité des auteurs. La proposition Bender du 7 mai 1915, telle qu'elle a été complétée par la Commission de législation civile consacre cette opinion. « La déconfiture, porte l'art. 1er, est l'*état du débiteur non-commerçant dont le passif surpasse l'actif et dont l'insolvabilité s'est manifestée par des signes extérieurs*[1] ».

On produit deux sortes d'arguments. Il est vrai qu'il est délicat et même impossible, dit-on d'abord, de dresser à l'avance une énumération limitative et complète des faits qui révèlent nécessairement l'insolvabilité ; il n'en faut point conclure toutefois que le juge du fond sera embarrassé lorsqu'il s'agira de la reconnaître. Dans la plupart des espèces rapportées par les recueils de jurisprudence, aucun doute n'était, en effet, possible. L'insuffisance de l'actif était évidente, le tribunal ne pouvait ni hésiter, ni se tromper. « Aucun acte particulier, écrit M. Planiol, n'a la vertu de prouver la déconfiture ; elle ne résulte nécessairement ni d'une saisie, ni d'un procès-verbal de carence, ni de l'ouverture d'une distribution par contribution. Cependant son existence n'est presque jamais douteuse ; elle est ordinairement notoire et avouée ; en théorie, l'incertitude règne sur les signes caractéristi-

(1) *J. Off.* 1918, Doc. parl., Chambre, annexes, n° 5108, p. 1568.

ques de la déconfiture ; en fait, sa contestation ne donne pas lieu à des difficultés bien grandes[1] ».

D'autre part, et c'est le deuxième argument, pour justifier une formule légale générale et abstraite, on laisse entendre qu'il faudrait l'adopter, ne fut-elle qu'un « pis aller ». Une procédure de déconfiture assise sur cette base imparfaite serait encore préférable à l'absence de toute organisation[2].

Nous répondons d'un mot à cette dernière thèse. Pareille déduction n'a de valeur, en effet, que si le problème de la faillite civile ne comporte aucune autre solution et si, nécessairement, pour assurer l'égalité entre les créanciers chirographaires le législateur doit créer une procédure de déconfiture, s'ouvrant à l'apparition spontanée de l'insolvabilité. C'est ce qu'on devrait démontrer tout d'abord, car il n'y a point là une vérité d'évidence.

La remarque de M. Planiol, au contraire, fournit un argument très direct qui ne peut être négligé. *Souvent* la déconfiture est évidente et dans ces hypothèses l'arbitraire du juge n'est pas à redouter. Une formule légale concrète est alors inutile. Nous l'admettons volontiers ; aussi pour critiquer la théorie des signes[3] externes nous ne soutenons pas que l'insuffisance des biens se manifeste seulement après la discussion du patrimoine. Mais faut-il généraliser ? Faut-il affirmer que l'entière liberté d'appréciation laissée au juge serait *toujours* sans inconvénient ? Nous ne le

(1) Planiol, II, n° 216.

(2) R. Garraud, *op. cit.*, d. 268 « Il est impossible de trouver un *critérium* infaillible, et nous en sommes réduit à donner aux tribunaux une liberté absolue d'appréciation pour déclarer la déconfiture ».

(3) Sous réserve cependant de ce que nous disons au § 3 de la présente section.

pensons pas. A côté des espèces où l'insolvabilité est un fait patent et indiscutable, il s'en trouve d'autres, moins nombreuses peut-être, mais encore très fréquentes dans lesquelles l'état du débiteur n'est pas aussi apparent. Le juge hésitera[1]. C'est alors que la formule théorique produira tous ses effets fâcheux. Un critérium légal facile à manier est indispensable.

Sortant des généralités, essayons d'entrevoir comment la pratique interprêterait un texte large qui, simple définition, donnerait aux tribunaux tout pouvoir.

Il est à craindre d'abord qu'ils ne soient portés à déclarer facilement en déconfiture un individu parfaitement solvable, mais qui résiste de mauvaise foi à plusieurs créanciers. Ils refuseront, par contre, de frapper une personne connue et honorable, victime des évènements. Ici, ils seront exigeants quant à la preuve, là de fragiles présomptions leur suffiront.

D'autre part, puisque la pénurie de l'actif et sa manifestation sont de simples faits, les jugements échapperont à tout contrôle de la Cour de cassation. Il se formera des jurisprudences locales très diverses ; les magistrats de tel ressort dans lequel les déconfitures sont nombreuses et constituent un *mal social* seront infiniment plus sévères pour les débiteurs, que

(1) On trouve déjà dans la jurisprudence moderne des décisions de première instance, qui ayant admis que la déconfiture était avérée ont été réformées en appel, les magistrats de la Cour ayant estimé que l'insolvabilité n'était pas certaine. V. notam. Bourges, 10 mai 1892, D. 92, 2, 424 : « Attendu... que les époux Laguêtre (les débiteurs) ont fait opposition au dit commandement (fait par le créancier) ; que le *tribunal* a rejeté l'opposition par eux formée, par le double motif *que les époux Laguêtre étaient en déconfiture* et qu'ils... ; En ce qui concerne la déconfiture des époux Laguêtre : considérant *qu'il n'est pas sufisamment démontré que depuis le 27 déc. 1891, les époux Laguêtre soient en état de déconfiture ;* En ce qui concerne, etc..... ; par ces motifs infirme ».

dans tel autre où les insolvabilités de non-commerçants sont plus rares.

Mais ces inconvénients sont secondaires. A notre sens, le principal danger d'une formule générale est celui-ci : elle sera trop restrictivement interprétée.

Déjà en matière de déchéance du terme, nous savons combien prudents et circonspects se montrent les tribunaux. Si d'autres effets très considérables et particulièrement graves pour le débiteur étaient demain attachées à la déconfiture, la jurisprudence, se jouant d'un texte vague, en écarterait fréquemment l'application.

Les juges accorderont d'autant plus facilement des termes de grâce que le créancier semblera mieux garanti par la procédure collective pour l'avenir. Et s'ils ne peuvent faire bénéficier l'obligé d'un sursis véritable, ils lui octroieront souvent un sursis quant à la faillite en décidant en pleine liberté que l'insolvabilité n'est pas encore certaine.

Il faut bien se rendre compte, en effet, que la faillite civile quels que soient son nom et sa forme, même atténuée à la façon d'une liquidation judiciaire, est encore contraire à nos mœurs. La pratique s'emploierait à l'éviter. Une disposition *impérative* obligeant les tribunaux sous le contrôle de la Cour de cassation, à déclarer la déconfiture dans des cas concrets, est indispensable, pour *imposer* l'institution. Sinon, les tribunaux, naturellement portés à l'indulgence envers le débiteur, qui à l'audience apparaît toujours comme un « pauvre hère houspillé par ses créanciers », écarteraient l'application de la loi dans les hypothèses où elle serait réellement utile, parce qu'il reste à l'obligé quelque bien.

Les arguments que nous venons de présenter à l'encontre de l'organisation de la déconfiture et tirer de cette considération que la loi laisserait nécessairement au juge tout pouvoir, méritent donc à notre sens d'être retenus. Mais nous nous gardons d'en exagérer l'importance. C'est d'un autre ordre d'idées en effet, que nous allons déduire l'objection capitale.

§. **II**. — *Tardiveté du jugement déclaratif de déconfiture : lorsque l'insolvabilité se révèle, la majeure partie du patrimoine est déja définitivement passée aux mains des créanciers les plus diligents.*

Nous arrivons au vice essentiel de toute organisation de la déconfiture, au vice dont la constatation commande nécessairement et avant tout débat quant au fond, l'abandon de tout système de faillite qui s'ouvrirait à l'apparition spontanée des signes de l'insolvabilité. Et nous pourrons être brefs, car il suffit, ici encore, de mettre à profit les conclusions tirées des solutions coutumières et de la jurisprudence d'aujourd'hui.

1. — Si l'on écarte, en effet, les espèces exceptionnelles et rares, il ne reste plus que celles où le débiteur fait l'aveu exprès ou tacite de son impuissance et celles encore où l'insuffisance de l'actif se manifeste à la suite de plusieurs saisies infructueuses.

A quel moment se produit l'aveu ? Dès que l'actif devient inférieur au passif ? Jamais ! Le débiteur ne

reconnaît sa déconfiture que lorsque sa situation est irrémédiablement compromise, bien mieux, lorsqu'il a consommé tous ses biens. Avouer, c'est aller au devant de la faillite ; l'obligé s'efforce de cacher son état : il paye les créanciers les plus exigeants, transige avec les autres. Quand la procédure collective s'ouvrira l'actif sera devenu insignifiant.

Les saisies prouveront généralement plus tôt l'insolvabilité du débiteur. Mais ces procédures s'échelonnent dans le temps.

Les premières ne sont pas infructueuses. Un petit nombre de créanciers y participent. L'actif inférieur au passif total dépasse de beaucoup encore le passif limité aux dettes des créanciers poursuivants intégralement remboursés. Vient un moment où les saisies sont déficitaires, des procédures de contributions s'ouvrent alors. Il n'y a pas encore déconfiture. Mais les poursuites s'ajoutent aux poursuites et peu à peu tous les créanciers apparaissent. Alors le jugement de faillite civile interviendrait.

Quelle sera la durée du temps qui contient les évènements que nous venons d'énumérer ? Cette durée s'étendra souvent sur plusieurs années. Les dettes d'un débiteur non-commerçant sont, en effet, généralement à échéances espacées les unes des autres, et la liquidation de son patrimoine par voie de saisie est lente. Les créanciers n'agissent pas simultanément. Plus les biens du débiteur sont variés et nombreux, plus la saisie en est longue. A-t-il peu de meubles, rapidement ceux-ci seront absorbés, tandis que l'exécution forcée sur les immeubles demandera de nombreux mois. Une procédure spéciale est nécessaire pour saisir-arrêter chaque créance, comme pour

saisir plusieurs immeubles situés dans des arrondissements différents[1].

D'autres évènements que des saisies se produisent, d'ailleurs, avant la manifestation certaine de la pénurie, et dans l'intervalle de temps qui sépare l'époque où l'insolvabilité a existé en fait et la date du jugement déclaratif de déconfiture. Le débiteur a effectué des payements, donné des sûretés réelles. Les créanciers ont agi en justice, obtenu des hypothèques judiciaires qui ont été inscrites. L'obligé a vendu les meilleurs éléments de son actif, il en a consommé le prix soit pour assurer sa subsistance, soit pour payer certains créanciers.

Ces derniers faits précèdent en général les saisies fructueuses qui à leur tour précèdent les saisies déficitaires, lesquelles par leur nombre et leur succession révèlent enfin l'insolvabilité et permettraient l'ouverture de la procédure collective. A quoi donc servirait alors une faillite civile ? Uniquement à liquider sur un mode nouveau les débris de l'actif, à ajouter une liquidation d'un type spécial à la liquidation individuelle qui a commencé depuis longtemps et qui a porté sur la presque totalité du patrimoine. Les créanciers diligents sont payés et le restent. Est-ce assurer l'égalité entre tous les créanciers d'un débiteur insolvable que de créer une procédure rigoureusement

(1) Suivant l'art. 2210 C. civ. combiné avec la loi du 14 nov. 1808, la saisie immobilière des biens situés dans plusieurs arrondissements doit être faite « successivement ». Par exception elle pourra l'être « simultanément toutes les fois que la valeur totale des dits biens sera inférieure au montant réuni des sommes dues tant aux saisissants qu'aux autres créanciers inscrits ». Il n'est pas tenu compte des créanciers chirographaires. On conçoit donc facilement des hypothèses où, *le débiteur étant en fait insolvable*, la disposition exceptionnelle ne s'appliquera pas, parceque les créanciers hypothécaires sont encore peu nombreux.

égalitaire pour répartir seulement le dixième de l'actif entre les moins diligents des créanciers ?

Les distributions individuelles et les effets de tous les actes du débiteur ou de toutes les actions des créanciers seraient, en effet, maintenus par principe. Le jugement de déconfiture, comme le jugement déclaratif de faillite commerciale, est à cet égard créateur d'un droit nouveau. Il suspendrait, pour l'avenir, l'exercice des voies d'exécution et les poursuites individuelles. Il ne détruirait pas les payements effectués ni les saisies parachevées.

2. — Une période suspecte serait créée, dira-t-on. Elle est possible ; admettons son existence bien que la plupart des auteurs, par respect des droits acquis et de l'idée de sécurité dans les contrats, la repoussent et proposent un simple perfectionnement de l'action paulienne. Mais de cette période quel serait le point de départ ? Son origine sera tout au plus reculée jusqu'au jour de la déconfiture, c'est-à-dire jusqu'au jour où l'insolvabilité s'est manifestée. Or, les faits fâcheux que nous avons signalés se placent antérieurement à cette date, *puisque ce sont eux qui ont révélés la pénurie*. D'ailleurs, les nullités de la période suspecte commerciale ne concernent pas les saisies : celles-ci demeurent définitives pourvu quelles soient achevées avant le prononcé du jugement déclaratif de faillite. Il en irait de même en matière civile, avec cette différence essentielle toutefois : à savoir que ces saisies y seraient nombreuses, tandis quelles sont assez rares dans l'hypothèse de la faillite commerciale ; alors, en effet, le jugement qui les interdit pour l'avenir intervient beaucoup plus tôt : dès que le débiteur

cesse de tenir ses engagements ; les créanciers d'un négociant ne peuvent saisir si ce dernier exécute ses obligations envers eux, et lorsqu'il n'exécute plus, la faillite doit être déclarée faisant obstacle à la saisie.

La procédure collective de déconfiture organisée présenterait quelque intérêt et aurait une utilité certaine à condition de supposer une révélation soudaine de l'insolvabilité, l'actif étant encore presque intact. C'est sur cette espèce que les auteurs raisonnent sans cesse. Mais les exemples tirés de la jurisprudence moderne montrent combien elle est peu fréquente. Sans doute, lorsque le tribunal constate la déconfiture une foule de créanciers harcèlent le débiteur et réclament leur payement. Il semble que la déconfiture a été soudaine. Il ne faut pas s'y tromper. Les ayants-droit se sont rassemblés peu à peu, un grand nombre a reçu des acomptes volontaires ou forcés ; et le patrimoine a déjà fait l'objet d'une première liquidation individuelle et non égalitaire, mais irrévocable ; les sommes ainsi distribuées depuis la naissance de l'insolvabilité dépasseront, et de beaucoup souvent, celles que la liquidation collective répartira par la suite.

On propose l'institution d'une faillite civile pour écarter les effets désastreux de la « course » ; on n'a point vu qu'elle serait à peu près inutile si elle était mise en œuvre seulement lorsque la « course » a produit définitivement ses effets. On veut éviter l'enchevêtrement et l'accumulation des poursuites individuelles ; on n'y parviendra pas en choisissant pour cause d'ouverture de la faillite civile, la multiplicité des saisies individuelles, alors surtout que leurs résultats demeureraient intangibles.

On tourne dans un cercle vicieux. Il faut donc

abandonner résolument les idées classiques et rejeter tout système de déconfiture organisée. Et nous en aurions fini avec notre critique, s'il ne nous restait à montrer dans un dernier et court paragraphe, combien il est difficile de parler d'une manifestation spontanée de l'insolvabilité, car les signes que l'on prétend être les plus certains de l'infériorité de l'actif, tels des procédures d'exécution infructueuses, ne sont souvent en réalité que les signes de la mauvaise foi d'un débiteur qui a de quoi payer tous ses créanciers.

§. **III**. — *Les prétendus signes de l'insolvabilité sont aussi bien les signes de la dissimulation d'actif de la part d'un débiteur parfaitement solvable.*

Si le rapport de l'actif au passif dans un patrimoine est un fait secret, moins visible encore est la consistance de l'actif. La discussion fournit le moyen le plus certain d'établir l'insolvabilité ; mais ce procédé apparaît lui-même imparfait : il suppose que tout l'actif est connu et saisi.

Or, *en l'absence d'une institution qui, comme la contrainte par corps, mettrait le débiteur dans la nécessité morale de déclarer tous ses biens,* les créanciers ne peuvent jamais affirmer que leur obligé n'a pas d'autres ressources. L'actif qu'ils saisissent, discutent ou liquident n'est qu'un actif fictif et apparent, le plus souvent inférieur à l'actif réel. Le débiteur dissimule.

1. — Cacher les meubles corporels est chose facile. Les créances chirographaires du débiteur restent parfois insoupçonnées de ses créanciers. Des immeubles mêmes peuvent être inconnus. Comment sau-

ra-t-on, en effet, qu'un individu vivant depuis longtemps à Aix-en-Provence, où il a contracté toutes ses dettes, a hérité, voici quelques années d'une maison à Nancy ? Mais la difficulté est encore petite, si on la compare à l'impossibilité de fixer la consistance des valeurs mobilières du débiteur, de ses titres au porteur surtout.

C'est pourquoi tous les signes de l'insolvabilité et la discussion générale elle-même ne sont pas des preuves certaines de l'insolvabilité réelle. On établit que l'actif connu est inférieur au passif, on ne saura jamais si l'actif véritable ne lui est pas supérieur.

Des saisies sont infructueuses : tous les biens ont-ils été saisis et vendus ? Le débiteur prend la fuite : signe de sa pénurie, dit-on ; est-ce bien sûr ? Peut-être l'obligé a emporté en billets ou en titres la totalité de sa fortune ! Il était en situation de payer ; il avait 120 et il devait 100. Payant, il lui restait 20 et c'était pour lui la misère ; fuyant, il échappe aux poursuites des créanciers et conserve 120. L'obligé avoue son insolvabilité : ce signe encore est équivoque. Acquittez vos dettes, disent les créanciers. Je ne puis, répond le débiteur. Réponse facile ; elle produit toujours un effet : effrayer les poursuivants. Ceux-ci acceptent alors volontiers un arrangement. Il est vrai que la déconfiture organisée pourrait ne point comporter de concordat et n'entraîner jamais la libération du déconfit. Il est vrai encore, comme nous l'avons montré, que le débiteur n'aurait aucun intérêt à solliciter lui-même la déclaration de sa faillite et à se précipiter au devant d'une procédure assez rigoureuse en soi. Mais on peut facilement concevoir des hypothèses où l'obligé parfaitement solvable ayant dissimulé une

portion considérable de son patrimoine, viendrait pour mieux masquer sa fraude, faire un aveu mensonger d'insolvabilité et offrir à ses créanciers les biens seulement qu'ils connaissent. Un débiteur est en sécurité pour longtemps lorsqu'il a été mis en faillite et a la réputation de ne plus rien posséder.

En résumé, les prétendus signes de l'insuffisance prouvent aussi bien la dissimulation et la mauvaise foi que la pénurie, car ils ne prouvent en réalité qu'une chose : que le débiteur ne paye pas. Mais ils sont l'indice d'une situation exceptionnelle : l'inexécution est systématique de la part de l'obligé et grave en est la cause.

2. — Déduisons les conséquences utiles de l'idée générale ainsi dégagée.

Admettons d'abord que cette situation particulière doive être la condition d'ouverture de la faillite civile, parce que le débiteur de mauvaise foi ne mérite aucun ménagement et peut être traité comme un insolvable vrai. Il s'en suit que la procédure collective assise sur cette base, n'est ni une procédure d'insolvabilité, ni une procédure de déconfiture organisée, à moins que, transformant entièrement la définition jurisprudentielle et classique, on n'appelle déconfiture : l'état d'un non-commerçant dont l'*actif apparent* dépasse *le passif réel,* lorsque cet état s'est manifesté par des signes extérieurs. Or, par la création d'une faillite civile on cherche à instaurer le respect forcé du principe d'égalité. Si le débiteur est solvable, mais a dissimulé ses biens, ce n'est point ce principe qui est en jeu. Le patrimoine contient des valeurs suffisantes au payement de tous les créanciers ; ceux-ci pourraient

être remboursés intégralement ; peu importe que la voie dont ils usent soit collective ou individuelle : la distribution au marc le franc suppose rationnellement l'insolvabilité. Ce qu'il importe, c'est que l'obligé soit mis dans la nécessité morale de révéler les biens qu'il tient cachés.

Admet-on, au contraire, que la faillite civile doive être réservée au seul cas où l'infériorité de l'actif est réelle, de telle sorte que son résultat unique soit la répartition égalitaire, on constate alors encore l'insuffisance du système classique. Les prétendus signes de la pénurie sont aussi bien ceux de la dissimulation et les créanciers n'ont aucun moyen de connaître dans laquelle de ces deux situations se trouve le débiteur.

Il est donc absolument nécessaire d'instaurer une procédure qui soit une *épreuve de solvabilité*. La contrainte par corps serait rétablie, par exemple, et appliquée chaque fois que les signes externes auraient révélé l'insuffisance des biens connus et avant l'ouverture de la faillite civile. On subordonnerait désormais celle-ci à la réunion de deux conditions : la constatation des signes externes et le non-payement intégral après l'exercice de la contrainte. Mais qui ne voit l'extrême complication de ce système ? Qui oserait le proposer ?

Un autre procédé plus simple est possible en théorie : la faillite civile serait par elle-même épreuve de solvabilité ; le législateur l'aménagerait avec une telle rigueur vis à vis de l'obligé que celui-ci, faisant tous ses efforts pour l'éviter, préfèrera toujours se dépouiller de tous les biens inconnus des créanciers plutôt que d'être déclaré failli.

Cette solution se heurte à une objection à notre sens irréfutable[1]. A quoi bon maintenir l'apparition des prétendus signes externes comme cause d'ouverture de la voie collective ? Des faits caractéristiques d'inexécution pure et simple portant sur la généralité des obligations doivent suffire. Si la menace de la faillite, lorsqu'elle peut être déclarée après des saisies infructueuses, fait payer l'obligé solvable mais dissimulateur, il en sera, *a fortiori,* de même si l'on décide que la faillite rigoureuse est susceptible d'atteindre le débiteur qui n'exécute pas. Ce n'est pas, en effet, l'accumulation des saisies déficitaires qui révèle l'insolvabilité, mais le résultat négatif de la voie de contrainte qui en l'espèce est la perspective des sévérités attachées par la loi au jugement déclaratif.

De telles idées appelleraient de longs développements qui conduiraient à un nouveau système de faillite apparemment plus rationnel. Cependant, nous n'entreprendrons pas ici ces recherches, car dans les chapitres suivants, à partir d'une base différente, nous serons amenés à traiter avec plus d'utilité et de précision, la matière ainsi entrevue.

Dans le présent chapitre et dans le précédent, nous n'avions d'autre dessein que de combattre par des arguments *a priori* et sans aborder le fond du débat, la doctrine classique qui considère le problème de la faillite civile comme celui de l'organisation de la déconfiture. Et, relativement au dernier point que nous avons envisagé à savoir l'insuffisance des prétendus signes externes de l'insolvabilité pour distin-

(1) Cette objection vaut également contre le système de « déconfiture organisée » combiné avec la contrainte pas corps.

guer les débiteurs en état de payer intégralement de ceux qui ne le sont pas, notre tâche s'est trouvée accomplie en montrant la nécessité inéluctable de renforcer la preuve par indices, au moyen de la création d'une épreuve de solvabilité suffisante d'ailleurs en soi. De la sorte, le système de la déconfiture organisée se ruine lui-même à notre avis. Les conséquences logiques auxquelles il conduit sont en contradiction directe avec son principe : assurer le respect forcé de la règle de l'*égalité* entre les créanciers chirographaires d'un insolvable, au moyen d'une procédure collective et égalitaire s'ouvrant *lorsque l'insolvabilité est démontrée*.

Mais ce dernier argument, quelle que soit son importance ne doit pas faire oublier tous les autres que nous avons successivement proposés et défendus. Il est utile, semble-t-il, de les réunir en un faisceau à cette place, en manière de conclusion à l'ensemble des études que nous avons jusqu'ici poursuivies et avant d'indiquer la nature et l'ordre de celles que nous allons entreprendre.

*
* *

L'insolvabilité est un rapport mathématique et secret entre l'actif et le passif. Elle apparaît parfois au cours d'une discussion par voies individuelles du patrimoine, le plus souvent lorsque cette discussion est achevée. Alors, il est vrai, comme l'affirment les auteurs, que la constatation de la déconfiture ne soulève aucune difficulté. Mais ce principe doit être limité par trois autres aussi certains. Et d'abord, la procédure collective qui serait mise en œuvre à l'apparition des signes spontanés de la pénurie manquerait son

but : la plus grande partie des facultés du débiteur ayant été définitivement acquises par les créanciers les plus diligents. On veut empêcher que ces derniers ne s'emparent des biens de l'obligé au détriment des retardataires, et l'on attend qu'ils s'en soient emparés pour imposer une liquidation collective uniquement aux retardataires et ne portant en général que sur les rares débris de l'actif.

D'autre part, les faits tangibles qui constituent la déconfiture ne prouvent pas l'insolvabilité réelle, mais seulement l'infériorité de l'actif apparent.

Enfin, le préliminaire obligé de la déconfiture organisée est un jugement déclaratif. Or, nécessairement toute liberté de décision serait donnée au tribunal : il n'est pas possible de dresser une liste des cas concrets de déconfiture. Et si l'arbitraire du juge n'a pas d'inconvénient lorsque l'insolvabilité est avouée ou évidente parce que la discussion est près d'être achevée, il devient dangereux lorsque la pénurie est douteuse et que les faits produits par les créanciers nécessitent un examen et doivent être interprétés. Les magistrats refuseraient alors le plus souvent de déclarer la faillite civile, et pourtant, c'est à ce moment que son ouverture serait le plus utile parce qu'il reste au débiteur quelque bien.

Il faut se résoudre à laisser la déconfiture au rang d'institution secondaire. Ses effets sont restreints et le principal est la déchéance du terme. Le système de la preuve par indices de l'insolvabilité, système que l'ancien Droit, plus sage, n'a pas adopté, est déjà ici fort critiquable malgré la rétroactivité partielle du jugement qui constate la pénurie. Concluons donc que la « déconfiture organisée » serait une institution mal

construite aux contours incertains, atteignant rarement son but, en un mot, une institution qui n'est pas digne d'avoir sa place dans notre Droit français[1].

Mais est-ce à dire que le problème de la faillite civile ne puisse plus se poser et que toute réforme soit

---

(1) Les auteurs à la suite de M. R. Garraud (*op. cit.*, p. 218 et suiv. et *J. des faillites*, 1882, p. 149 et s.) ajoutent généralement à leur argumentation que la jurisprudence française de certaines Cours d'appel a tenté au cours du siècle dernier, par la pratique dite des « liquidations-séquestres », d'organiser véritablement la déconfiture, et que le système ainsi institué, bien qu'il succombât rapidement parcequ'illégal, a donné en fait de très heureux résultats. (Sur les liquidations-séquestres, voyez Charmont, *Rev. crit.*, 1891, p. 79 et s ; Guillouard, *Du prêt, du dépôt et du séquestre*, p. 476 ; Sargnon, *Du séquestre dans la pratique judiciaire*, thèse 1899 ; Baudry-Lacantinerie et Walh, *De la société, des prêts, du dépôt*, n° 1269).

Une pareille affirmation appelle, à notre sens, deux remarques.

En premier lieu, il est assez inexact de voir dans la « liquidation-séquestre » la « déconfiture organisée » telle que la conçoit la doctrine classique. Sans doute le séquestre judiciaire recevait mission, toutes poursuites individuelles demeurant suspendues, de recouvrer, administrer, liquider et distribuer l'actif du débiteur atteint par cette mesure, dans l'intérêt commun de tous les créanciers, et ressemblait ainsi au syndic de la faillite. (V. notam. Trib. St-Etienne, 22 janvier 1873, D. 1875, 2. 149). Mais la cause d'ouverture d'une pareille procédure illégale n'était point la preuve en justice de l'insolvabilité de l'obligé. Cette jurisprudence se fondait en effet sur l'interprétation abusivement extensive de l'art. 1961, § 1, C. civ. : « la justice peut ordonner le séquestre d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ». Il suffisait donc qu'il y ait concours de plusieurs créanciers se disputant les biens du débiteur ; il n'était point nécessaire que les intéressés démontrassent au préalable l'existence certaine de l'insolvabilité. Ainsi la *liquidation-séquestre* pouvait s'ouvrir plus tôt que ne s'ouvrirait la *déconfiture organisée*.

En deuxième lieu, on ne saurait prétendre que la pratique jurisprudentielle dont s'agit ait donné les meilleurs résultats et que le texte qui la rendrait légale introduirait dans nos codes une institution ayant déjà subi l'épreuve d'une expérience décisive. Le procédé du liquidateur-séquestre a été en effet surtout employé, d'une part en faveur des commerçants, avant la loi de 1889, pour les soustraire aux rigueurs de la faillite, d'autre part dans la matière des successions bénéficiaires ou vacantes. On ne cite qu'un tout petit nombre d'espèces où la jurisprudence en a fait usage à l'encontre de débiteurs civils vivants et sur la demande des créanciers. On ne peut donc affirmer que l'expérience est concluante ; et il est permis, en envisageant la pratique des liquidations-séquestres du seul point de vue législatif, de lui adresser, *mutatis mutandis*, les critiques que méritent, selon nous, les projets visant l'*organisation de la déconfiture*.

impossible ? Loin de là ! La question de l'extension de la faillite aux non-commerçants reste entière, de même celle de l'égalité forcée entre les créanciers chirographaires d'un débiteur insolvable. Nous n'avons discuté encore ni de l'une ni de l'autre. Nous avons seulement montré, croyons-nous, qu'il fallait *a priori* abandonner l'énoncé classique : « Doit-on organiser la déconfiture ? », car la déconfiture dont s'agit est « *inorganisable* » en soi.

Que serait donc la faillite civile rationnelle, celle qu'il faudra accepter ou repousser avec des arguments de fond et qui fera le seul objet du débat ? C'est ce qu'il convient maintenant de chercher.

TITRE DEUXIÈME

Esquisse d'un énoncé rationnel et complet du Problème dit de la Faillite civile

Nous avons écarté l'énoncé classique : « Faut-il organiser la déconfiture ? » Par quelle méthode alors, parvenir à la formule définitive et exacte qui contiendra tout le problème ?

Le plus simple est, semble-t-il, de revenir à l'énoncé provisoire que nous donnions dans l'introduction générale de ce travail et d'en faire la base de nos recherches.

Sous sa forme la plus élémentaire nous définissions le problème de la faillite civile comme suit : le législateur doit-il transporter dans le Droit civil tout ou partie des règles essentielles de la faillite commerciale ? Aussi bien notre point de départ sera le Droit commercial et la *faillite*, non le Droit civil et la matière que la réforme proposée y aménagerait. Cette matière nous ne la connaissons pas encore ; nous savons seulement que la partie de la législation civile dans laquelle les règles des articles 437 et suiv. C. com., sont susceptibles *en théorie* d'être transportées, n'est point la déconfiture. Qu'est-elle ? Une étude de la faillite commerciale française, de sa nature juridique et de son mécanisme d'ouverture nous renseignera à ce sujet.

Nous compléterons notre énoncé provisoire avec l'idée que voici ; c'est afin d'assurer entre les créanciers chirographaires l'*égalité* dans la distribution du patrimoine de l'obligé commun, que la création d'une faillite civile a été envisagée. Peut-être, d'ailleurs, faut-il distinguer la question de la faillite des non-commerçants de celle de l'organisation de l'égalité forcée. N'y a-t-il point dans la faillite, seulement l'un des moyens d'instaurer cette égalité ; et dans l'égalité, seulement l'une des conséquences, la moins directe peut-être, de l'extension de la faillite aux débiteurs du Droit civil ?

Quoi qu'il en soit, si ces deux problèmes élémentaires n'ont pas le même champ, du moins sont-ils voisins et connexes. On ne saurait les examiner séparément. Nous les fondons en un problème unique plus général. C'est la formule de ce dernier que nous essayerons de préciser par étapes successives à partir par conséquent des rapports de la notion de faillite et de la notion d'égalité.

Nous ajouterons enfin : il est sans intérêt d'instaurer l'égalité forcée lorsque le débiteur n'est pas insolvable ; peu importe, en effet, le mode de répartition quand la valeur de l'actif permet de payer tous les créanciers et de donner aux retardataires autant qu'aux plus diligents. L'idée d'*insuffisance des biens* accompagne donc la notion d'égalité.

Ainsi, l'étude préliminaire de laquelle nous déduirons ensuite la formule selon nous exacte et complète du problème de la faillite civile, portera sur *la faillite commerciale française dans ses rapports avec l'insolvabilité et l'égalité entre les créanciers chirographaires*. Au cours de ces recherches et par approximations

successives, nous décrirons en ses divers éléments cette procédure civile nouvelle qui serait à la fois *une faillite*, une *procédure d'insolvabilité* et une *voie de distribution égalitaire*. Ce faïsant, nous n'aborderons pas le fond du débat ; nous construirons simplement pièce par pièce la faillite civile rationnelle de laquelle uniquement nous discuterons plus tard.

On verra alors combien notre tâche aura été simplifiée et facilitée par l'étude que nous allons entreprendre et combien il était indispensable de faire soigneusement le tour du problème de la faillite civile avant de se prononcer, même quant au principe, sur l'opportunité de la réforme proposée.

Nous divisons notre titre en trois chapitres selon le plan que voici :

CHAPITRE I. — **Faillite et Insolvabilité.**

SECTION I. — Généralités : les commerçants faillis sont en fait des insolvables parce que la perspective de la faillite est dotée d'une vertu comminatoire puissante. — SECTION II. — La vertu comminatoire des articles 437 et suiv. C. com. et de la loi de 1889 ; Le pouvoir coercitif qui faudrait attacher à la menace de la faillite civile rationnelle. — SECTION III. — La cessation de payements ; La notion qui lui correspond en Droit civil.

CHAPITRE II. — **Faillite et Égalité.**

SECTION I. — Procédures essentiellement égalitaires dans leur structure interne, la faillite et la liquidation judiciaire sont néammoins en Droit français des sanctions incomplètes de la règle d'égalité. — SECTION II. — Point de vue législatif ; d'une procédure collective qui tendrait à assurer l'égalité entre les créanciers chirographaires non encore payés au jour de l'insolvabilité.

CHAPITRE III. — **La triple formule du Problème législatif dit de la Faillite civile.**

SECTION I. — L'énoncé général : La réforme des voies civiles d'exécution. — SECTION II. — La formule annexe du Problème dit de la faillite civile : l'unification du Droit privé national, l'élargissement de la notion de commerçant. — SECTION III. — Le Problème de la faillite après décès : sa formule spéciale, la notion de faillite successorale.

CHAPITRE PREMIER

Faillite et Insolvabilité

Généralités : Les commerçants faillis sont en fait des insolvables parceque la perspective de la faillite est dotée d'une vertu comminatoire puissante. — Le pouvoir coercitif attaché à la menace de la faillite. — La cessation des payements ; la notion qui lui correspond en Droit civil.

SECTION I.

Généralités : les commerçants faillis sont en fait des insolvables parceque la perspective de la faillite est dotée d'une vertu comminatoire puissante.

Il est un phénomène juridique dont l'explication doit être cherchée. La faillite en Droit français ne suppose pas l'insolvabilité, mais la simple cessation des payements qui n'est point autre chose qu'une inexécution nettement caractérisée. Et pourtant les faillis sont toujours *en fait* des insolvables. D'ailleurs, la loi a réglé la procédure des art. 437 et suiv., C. com., tout spécialement et uniquement pour le cas où le passif dépasse l'actif : l'insolvabilité est sa raison d'être.

1. — Nous disons d'abord que la cessation des payements n'est point *en soi* le signe de la pénurie. Deux

principes sont, en effet, fermement admis en doctrine et en jurisprudence. La faillite peut atteindre des débiteurs parfaitement solvables ; il suffit qu'ils ne payent pas leurs créanciers[1]. A l'inverse, un négociant dont le passif dépasse l'actif ne saurait être déclaré failli aussi longtemps qu'il fait face à ses engagements[2].

Le second de ces principes de Droit est vérifié par les faits : il est incontestable en pratique que tous les insolvables ne sont pas en faillite déclarée ; il est certain aussi que, quand ils le sont, le jugement d'ouverture n'est pas rendu au moment même où le passif a dépassé la valeur de l'actif. De ces idées nous aurons à tirer par la suite, des conséquences intéressantes.

Le premier des deux principes, au contraire, est

---

(1) Cass. 30 avr. 1810, S. 10. 1. 233 ; Orléans, 2 janv. 1855, D. 55. 2. 155 ; Aix, 15 janv. 1867, D. 67. 5. 207, S. 68. 2. 151 ; Lyon, 14 mars 1894, *J. trib. com.* 1895, p. 746 ; Orléans, 22 mai 1895, *J. trib. com.* 1896, p. 724 ; Alger, 13 mai 1896, D. 97. 2. 362. — Bédarride t. 1, n° 27 ; Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 57 ; Boistel, n° 895 ; Percerou (Thaller) t. 1, n° 184. — *Contra* : Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 18 et s. ; Bordeaux, 6 mai 1848, D. 50. 2. 12.

(2) Aix, 13 janv. 1872, D. 73. 5. 261 ; Req. 31 oct. 1898, D. 99. 1. 115 ; 12 janv. 1903, D. 1903. 1. 124 ; Poitiers, 29 juil. 1912, *La Loi*, 19 oct. 1912.

Peu importent les moyens à l'aide desquels le commerçant fait face à ses échéances : emprunts ou renouvellements de billets (Aix 5 janv. 1865 et Civ. 24 déc. 1866, D. 67. 1. 163 ; Angers, 10 mars 1896, D. 98. 2. 345), achats en vue d'une revente au-dessous des cours ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds (Bordeaux, 3 juil. 1912, S. 1912. 2. 316). — Bédarride, t. 1, n° 20, Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 56 ; Boistel, n° 895 ; Percerou (Thaller) t. 1, n° 182 et 183. — La question est controversée de savoir si un commerçant qui pour faire face à ses échéances emploie des moyens illicites ou frauduleux et émet par exemple des effets de complaisance, peut être déclaré en faillite. Dans le sens de la possibilité de la faillite : Req. 12 janv. 1903, motifs, D. 1903. 1. 124 ; Douai, 14 nov. 1904, D. 1907. 2. 109 ; Trib. com. Seine 29 fév. 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 1er sem. 1. 529 ; Bédarride, t. 1. n° 20 ; Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 56 ; Percerou (Thaller) t. 1, n° 183. — *Contra* : Rouen, 7 mars 1906 et sur pourvoi, Civ. 27 juil. 1909, D. 1910. 1. 345, note de M. Lacour, et S. 1911. 1. 73, note de M. Lyon-Caen ; Montpellier, 12 déc. 1911. *Mon. Jud. Midi*, 17 déc. 1911.

purement juridique. Il signifie que le tribunal n'a pas la mission de rechercher si l'insolvabilité existe ou n'existe pas. Son seul devoir consiste à examiner si le commerçant a cessé ou non ses payements. Mais en considérant les résultats des opérations, soit au cas de faillite proprement dite, soit au cas de liquidation judiciaire, on constate que les commerçants touchés par la procédure collective sont *en fait* des insolvables. Le nombre annuel des procédures solvables est très peu élevé ; il représente une portion infime et négligeable du total des procédures.

Les statistiques indiquent que sur cent faillites ou liquidations judiciaires, une ou deux donnent un dividende de cent pour cent[1].

C'est peu évidemment. Et encore cette proportion doit-elle être réduite. Dans le nombre, en effet, des procédures solvables est compris celui, très important, de celles qui se sont terminées par un concordat dans lequel le débiteur a bien promis un payement complet, mais en échange de délais parfois très longs. La statistique démontre qu'une procédure seulement sur deux cents environ aboutit au remboursement intégral

(1) Percerou (Thaller) t. 1., p. 181, note 3.

Sur 6.745 faillites (et 2.691 liq. jud.) *terminées pendant l'année 1894*, 95 (et 104) ont donné 100 °/₀ de dividende, promis (concordat) ou réellement obtenu (union ou abandon d'actif).

En 1901 : 6.511 fail. (et 2.907 liq. jud.), 79 (et 86) dont 46 (et 74) par concordat simple.

En 1911 : (dernière statistique publiée) : 5.944 fail. (et 2.558 liq. jud.), 78 (et 50), dont 43 (et 38) par concordat simple, ont donné un dividende de 100 °/₀.

Ces chiffres sont directement fournis par le *Compte général de l'administration judiciaire civile et commerciale*. Par faillites et liquidations judiciaires terminées nous entendons celles qui l'ont été soit par une union, soit un concordat simple ou par abandon d'actif, soit par une clôture pour insuffisance d'actif.

Des résultats de l'année 1911 nous déduisons que 128 procédures sur 8.502 ont donné du cent pour cent, soit 1,5 °/₀ des procédures.

et immédiat des créanciers[1]. D'autre part, nous nous sommes placés au moment de la clôture des opérations, à une époque où depuis longtemps la voie collective était ouverte. Au jour du jugement déclaratif, le débiteur était peut-être bien en état d'insolvabilité, mais des évènements postérieurs ont rétabli l'équilibre entre l'actif et le passif. Par exemple, il a recueilli un héritage, ou bien sa famille a payé, ou encore un groupe de commerçants, comme cela s'est vu récemment, est intervenu pour empêcher la vente en bloc d'un stock considérable de marchandises, vente qui eut précipité la baisse des prix. Ici la statistique ne permet point de dire à quel chiffre exactement il convient de réduire encore la proportion que nous avons indiquée. On est près de la vérité, semble-t-il toutefois, en affirmant qu'en définitive *une procédure seulement sur quatre cents* est solvable au jour du jugement.

Or, lorsque le juge cherche à découvrir l'insolvabilité d'un débiteur non-commerçant en constatant et en interprétant les faits externes qui sont les indices de la déconfiture, pour prononcer la déchéance du terme notamment, il nous paraît absolument certain qu'il doit plus d'une fois sur quatre cents se tromper et déclarer insolvable un débiteur qui, en réalité, ne l'est pas. La simple probabilité d'erreur de l'esprit humain est déjà beaucoup plus grande en des matières ordinaires ; c'est pourquoi, d'ailleurs, la plupart des législations anciennes et modernes ont institué la

(1) En 1911, sur 8.052 procédures terminées, 81 ont abouti à une simple promesse de payement intégral (que d'ailleurs peut-être le débiteur n'a pu tenir) et 47 à un payement intégral immédiat. Ces dernières seules peuvent être considérées comme solvables, elles représentent 0,55 % des faillite et liquid. judiciaires terminées dans l'année.

voie de recours de l'appel, la proportion des réformations est bien supérieure à un pour cent, et c'est une pure règle de droit fondée sur l'intérêt social qui veut que les seconds juges ne se trompent jamais quant au fait. Que dire ici, où la tâche du tribunal est particulièrement difficile et délicate dans bon nombre d'hypothèses, et alors que les signes externes ne peuvent donner par eux-mêmes qu'une certitude purement morale de l'insolvabilité !

Le mécanisme d'ouverture de la faillite commerciale élimine donc les solvables du champ de la liquidation collective, mieux que le tribunal civil ne les écarte du champ de la déchéance du terme. Et pourtant la cessation des payements à l'inverse de la déconfiture ne suppose pas, en droit, l'insolvabilité. Il y a là un phénomène étrange qui appelle l'attention[1].

2. — Si ce phénomène ne peut évidemment s'expliquer par une analyse juridique de la cessation des payements, on en découvre la loi en déterminant la nature des circonstances de cette cessation des payements. Le commerçant qui ne fait plus face à ses échéances est insolvable, parce que si son actif avait été supérieur à son passif, il aurait exécuté ses engagements.

---

(1) C'est parceque les faillis sont des insolvables de fait que la procédure des faillites, dans son aménagement intérieur, est tout entière construite en prévision de l'infériorité de l'actif. La vente de tous les biens est une mesure inexplicable si quelques éléments du patrimoine ont à eux seuls une valeur égale aux total des dettes, Le désaisissement général, le concordat, la période suspecte, la restriction des droits de la femme, la cessation du cours des intérêts, la déchéance du terme *dès le jugement déclaratif*, se comprennent seulement si, hormis des hypothéses tout à fait exceptionnelles dont la probabilité (0,25 pour cent) est absolument négligeable, la déclaration de la faillite équivaut à la preuve irréfragable de l'insolvabilité.

Pourquoi encore ? Parce que *la menace de la faillite a une vertu comminatoire.*

La procédure des articles 437 et suiv., C. com., tout comme d'ailleurs, malgré sa moindre rigueur, la procédure de la liquidation judiciaire est, en effet, pour elle-même et pour ses conséquences de Droit et de fait, redoutée du commerçant. Celui-ci met tout en œuvre afin de satisfaire ses créanciers. La cause de son refus de payer ne sera jamais son mauvais vouloir. Elle sera toujours une impossibilité matérielle.

Or, réagissant sous l'aiguillon de la faillite, le commerçant qui n'a point les espèces ou les effets nécessaires aux règlements qu'il va devoir opérer dans un avenir prochain, ou bien possède des meubles, immeubles, créances à terme disponibles et d'une valeur au moins égale à la somme de toutes ses dettes, auquel cas il est solvable. Ou bien il ne les possède pas, auquel cas il est insolvable.

Est-il solvable : ayant prévu l'échéance, il parviendra facilement, sauf circonstances exceptionnelles, à trouver, soit par des ventes, soit par des emprunts hypothécaires ou sur gage, les capitaux indispensables pour l'acquittement de ses obligations. C'est pourquoi il ne cesse pas ses payements.

Est-il au contraire insolvable : deux hypothèses sont possibles. Le négociant peut d'abord par l'un des procédés que nous venons d'indiquer se procurer les fonds nécessaires ; quelquefois même alors que tout son actif est indisponible, son crédit personnel lui permettra d'obtenir une avance suffisante. De la sorte, quoique insolvable, il exécute encore ses engagements. Mais, l'hypothèse inverse est également possible : le débiteur ne possède plus de biens suscepti-

bles d'être grevés d'un droit réel utile au profit d'un prêteur de deniers, et par ailleurs, il a perdu tout crédit personnel. Alors, mais alors seulement, il cessera ses payements.

D'où il suit avec évidence, d'une part, que les faillis sont des insolvables, mais d'autre part, que tous les commerçants insolvables ne sont pas déclarés faillis, puisque la faillite n'atteint parmi eux ceux-là seuls qui ont perdu leur crédit.

Nous renvoyons au chapitre suivant, « Faillite et égalité », l'étude des conséquences qui découlent du deuxième de ces principes ; c'est uniquement du premier dont nous nous occuperons ici.

Partant de cette idée que la faillite civile ne doit frapper que les insolvables et ayant remarqué que la faillite commerciale s'ouvre seulement lorsque l'actif est inférieur au passif, nous étudierons en deux sections distinctes et pour les transporter en Droit civil, chacun des éléments du système d'ouverture adopté par le Code de commerce : la vertu comminatoire dont est munie la menace de la voie collective, et la cessation des payements.

SECTION II.

La vertu comminatoire des articles 437 et suiv. C. com. et de la loi de 1889 ; Le pouvoir coercitif qu'il faudrait attacher à la menace de la faillite civile rationnelle.

Point n'est besoin pour l'instant de revenir sur la description du phénomène en raison duquel les faillis sont des insolvables bien que la condition légale du jugement déclaratif ne suppose pas l'insolvabilité.

Nous répondrons seulement à deux questions. Qu'est-ce qui vaut aux procédures des articles 437 et

suiv., C. com. et de la loi de 1889 leur pouvoir coercitif ? Par quels moyens rendre une faillite civile suffisamment redoutable aux yeux des débiteurs non-commerçants ?

§. I. — *Les éléments du pouvoir coercitif incorporé à la menace de la faillite commerciale.*

1. — On pourrait songer à classer au premier rang des facteurs de la vertu comminatoire incorporée à la menace du jugement déclaratif, les déchéances qui sont la conséquence légale de celui-ci. La principale est la perte des droits politiques. Mais la loi du 23 mars 1908 a réduit à trois ans le temps pendant lequel les faillis ne sont plus inscrits sur les listes électorales[1]. On ne saurait donc trouver là le motif pour lequel le commerçant met tout en œuvre afin d'éviter la cessation des payements[2].

Nous avons vu, d'ailleurs, d'après les statistiques, que la liquidation judiciaire était également redoutée du négociant, puisque les débiteurs qui en bénéficient sont en fait aussi des insolvables. Or, le commerçant en liquidation judiciaire n'encourt que des déchéances atténuées. S'il n'est pas éligible, il est électeur, et il échappe aux incapacités édictées par les lois spéciales.

(1) La loi du 31 décembre 1903 avait fixé à 10 ans la durée de cette incapacité. Elle était auparavant illimitée et ne cessait que par la réhabilitation. Le délai se compte à partir du jugement déclaratif. Mais aujourd'hui encore, les faillis ne sont éligibles qu'après leur réhabilitation. (Loi du 23 mars 1908, art. 1).

(2) Les autres incapacités et déchéances sont : interdiction d'être juré (loi du 21 nov. 1872, art. 2), agent de change (art. 83 C. com.), courtier privilégié, courtier de marchandises inscrit (loi du 18 juil. 1866, art. 2, al. 3), notaire (loi du 25 ventôse, an XI, art. 35), interdition de se présenter à la Bourse (C. com. art. 613), non admissibilité par la Banque de France de la signature à l'escompte (Décret du 16 janvier 1808 art. 9-1°). Ces déchéances ne sont évidemment que des éléments secondaires de la vertu comminatoire de la faillite.

L'élément essentiel du caractère coercitif de la faillite résiderait-il alors dans cet autre effet du jugement déclaratif : le dessaisissement général ? Nous ne le pensons pas. Ce dessaisissement est une simple mesure conservatoire et temporaire. Il cesse à la clôture des opérations. Ce n'est pas parce que le failli est placé sous une sorte de tutelle provisoire, et celui admis au bénéfice de la liquidation judiciaire en une espèce de curatelle, que le commerçant envisage avec autant de crainte la cessation des payements.

2. — On est déjà dans la vérité en remarquant que la procédure de faillite ou de liquidation judiciaire peut aboutir à l'*union*. Tous les biens du débiteur sont alors vendus. C'est un danger redoutable pour le négociant non point parce que sa fortune lui est enlevée — car, alors il faudrait reconnaître à la perspective de la multiplicité des saisies vis-à-vis de tout non-commerçant la même vertu comminatoire, ce qui n'est pas, — mais bien parce que la liquidation collective porte sur le fonds de commerce en même que sur les autres valeurs. Le failli en cas d'union perd donc plus que sa fortune acquise : il perd sa « *situation* ». Pour vivre, il lui faudra chercher un emploi.

Sans doute, la procédure collective peut aboutir aussi au concordat, solution incomparablement plus douce, car le commerçant est replacé à la tête de ses affaires et tire même un bénéfice de sa faillite, puisque une remise ou des délais lui sont accordés. Mais lorsque le négociant gêné se demande à la veille d'une échéance s'il exécutera ses obligations ou cessera ses payements, ce n'est point la perspective d'un concor-

dat qui l'amènera en général à se décider : le concordat n'est pas certain. Le serait-il, d'ailleurs, le législateur stipulerait-il, par exemple, que la solution de l'union serait écartée dans le cas de la liquidation judiciaire, cette procédure n'en resterait pas moins munie d'un pouvoir coercitif certain quoique diminué. En effet, le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire et surtout la publicité dont il est l'objet affectent gravement la réputation commerciale et le crédit du négociant. En présence de ces difficultés nouvelles, il faudrait un concordat très avantageux pour que le commerçant puisse rétablir ses affaires : il n'est jamais sûr à l'avance de l'obtenir.

Nous dirons donc, en définitive, que les éléments essentiels du pouvoir coercitif des articles 437 et suiv., C. com. et de la loi de 1889, sont la publicité du jugement déclaratif et la menace de l'union. Mais à la vérité, ces deux facteurs se ramènent à un seul : *la crainte d'une situation professionnelle considérablement amoindrie ou même complètement perdue.*[1].

---

(1) On ne saurait nier cependant qu'un des facteurs de la vertu comminatoire de la faillite commerciale soit un facteur d'ordre moral. Le Jugement déclaratif et la publicité dont il est l'objet atteignent gravement le commerçant dans sa réputation et dans son honneur d'homme privé : une certaine note d'infamie est attachée à la faillite. Il faut se garder toutefois d'exagérer l'importance de cet élément moral. La liquidation judiciaire laisse en fait, à peu près intacte, la considération personnelle dont jouissait le commerçant. Le public reconnait volontiers en lui un débiteur de bonne foi malheureux ; or nous l'avons remarqué, les négociants admis au bénéfice de la liquidation judiciaire sont des insolvables tout comme les faillis proprement dits. D'autre part la vertu comminatoire de la procédure collective joue également à l'égard des sociétés anonymes. A leur encontre c'est uniquement la possibllité de l'union entrainant la perte de tout l'actif social et l'extinction de la société qui vaut à la faillite son pouvoir coercitif, ou encore le risque de de la perte du crédit au cas où un concordat particulièrement avantageux ne serait pas obtenu.

§. **II**. — *Le pouvoir coercitif qu'il faudrait attacher à la menace de la faillite civile.*

1. — Nous pouvons déjà conclure, à la suite de nos explications précédentes, qu'une faillite civile organisée quant à sa vertu comminatoire sur le modèle de la faillite des négociants aurait en maintes hypothèses un pouvoir coercitif bien moins puissant.

Certes, le paysan propriétaire de sa terre et de ses instruments de travail craindrait la procédure collective autant que le commerçant, sinon davantage. La vente totale de leurs patrimoines dépouille l'un et l'autre, non seulement des économies antérieurement acquises, mais encore du champ ou du fonds de commerce dont ils auraient tiré, ou espéraient tirer, leur subsistance dans l'avenir. Les fonctionnaires, les salariés, au contraire, ne risqueraient dans la faillite que le présent. L'union leur enlève leurs biens, mais ne les prive pas de leurs fonctions ou de leur place. Bien mieux, les traitements et salaires futurs restent en dehors de la procédure, les créanciers ont à cet égard pour seule ressource la voie de la saisie-arrêt. Et, il en va de même pour les débiteurs exerçant des professions libérales ; un médecin est mis en faillite : on ne vendra pas aux enchères sa clientèle, tout au plus peut-être les créanciers pourront-ils tirer profit du droit au bail relatif à son cabinet. Ajoutons, enfin, que la perte du crédit qui découle de la publicité à laquelle est soumise le jugement déclaratif ne toucherait guère en général les obligés du Droit civil et ne les atteindrait pas dans leurs intérêts vitaux, c'est-à-dire professionnels. Il est donc vrai d'affirmer qu'à leur encontre la perspective de la procédure collective n'aurait pas le même pou-

voir coercitif que vis-à-vis des commerçants. Elle ne les inciterait pas avec autant d'énergie à employer tout leur actif saisissable ou non saisissable, connu ou inconnu des créanciers, à l'exécution de leurs engagements, pour échapper à la faillite.

Or, la vertu comminatoire attachée à la menace de la voie collective constitue l'assise même de son système d'ouverture. Si les débiteurs n'ont plus la crainte de la faillite, ils ne payeront pas toujours lorsqu'ils sont solvables ; et, refusant de mauvaise foi à acquitter leur obligation, ils chercheront souvent à cacher les biens qu'ils eussent autrement utilisés à éteindre leurs dettes. En résumé, tous les faillis ne seraient plus en fait des insolvables.

Admet-on, par conséquent, avec la doctrine classique, que la faillite civile est par essence uniquement une voie d'insolvabilité, peut-être faudrait-il la doter d'une vertu comminatoire spéciale et nouvelle, si l'on croyait utile d'introduire pareille procédure dans notre Droit.

2. — Nous venons d'énoncer un premier caractère de la faillite civile rationnelle que nous nous sommes proposés de construire avant de discuter sur son opportunité. Une question se pose donc : est-il possible de munir une procédure civile de cette force de contrainte agissant par simple menace et qu'il est nécessaire de lui donner, si l'on veut qu'elle joue seulement dans les hypothèses où le passif dépasse l'actif?

La réponse doit être affirmative, car il est évident qu'il ne manque pas de moyens conformes au but proposé ; ici, d'ailleurs, nous n'avons pas à apprécier leur valeur pratique : il suffit de constater qu'ils existent

en théorie. On conçoit facilement, par exemple, que de graves déchéances et incapacités personnelles soient la conséquence légale de la faillite civile : perte définitive de tous droits politiques et civiques, interdiction d'occuper certaines charges, fonctions ou emplois, d'exercer telle profession lucrative où honorifique, mention du jugement déclaratif en marge de l'acte de naissance, etc.

Au reste, une autre solution apparaît théoriquement fort acceptable ; avec elle, toutefois, on s'éloigne davantage du système commercial. Elle consiste à séparer la voie d'intimidation de la voie de liquidation. On aurait deux institutions différentes quoique liées étroitement.

La première serait l'épreuve de solvabilité, entrant en action lorsque le débiteur refuse de payer ; elle amène à l'exécution les obligés en état de satisfaire leurs créanciers et révèle l'impuissance des autres. La deuxième serait la faillite proprement dite [1] ; procédure sans rigueur particulière, elle liquide simplement le patrimoine du débiteur qui, malgré la menace ou l'exercice effectif de la voie coercitive, a persisté dans son refus de payer.

La contrainte par corps pourrait jouer le rôle de l'institution auxiliaire ; le créancier fait emprisonner son débiteur, celui-ci pour recouvrer la liberté sollicite l'ouverture de la liquidation collective, s'il ne préfère tenir ses engagements ; la faculté de demander en justice cette même liquidation appartient aussi au créan-

(1) Par faillite proprement dite nous entendons la faillite *scrito sensu*. L'ensemble des deux institutions constituerait la faillite au sens large.

cier lorsque, son obligé n'a pas excéuté dans un certain délai depuis l'emprisonnement.

Quoi qu'il en soit de la valeur respective de ces diverses combinaisons dont l'examen est, d'ailleurs, lié au fond du débat, nous pouvons tirer quelques conclusions des idées qui précèdent et écrire en résumé ce qui suit :

Puisque une procédure d'insolvabilité mise en œuvre à l'apparition des signes spontanés de la pénurie n'est pas possible, il est nécessaire, à vouloir la création d'une faillite civile, qu'elle soit construite, quant à son mécanisme d'ouverture, à l'image du Droit commercial.

La faillite des négociants est fondée sur deux principes : vertu comminatoire et cessation des payements. Le pouvoir coercitif des articles 437 et suiv., très énergique à l'égard des paysans propriétaires serait peut-être insuffisant vis à vis de certains débiteurs non-commerçants. Il faudrait en ce cas munir la voie civile d'une vertu comminatoire spéciale ou la doubler d'une institution auxiliaire de contrainte, faisant corps avec elle. Aucune objection de principe ne se dresse contre l'un et l'autre système ; nous les retenons tous deux, précisant ainsi un des caractères de cette faillite rationnelle que nous définissons par approximations successives et deux solutions particulières que notre problème général est susceptible de recevoir. Mais passons sans plus tarder à l'étude du deuxième principe du mécanisme d'ouverture propre à la faillite commerciale : la cessation des payements.

SECTION III.

La cessation de payements ; La notion qui lui correspond en Droit civil.

Dans nos explications concernant le pouvoir coercitif attaché à la perspective de la faillite, nous avons supposé que la cause juridique externe et légale de son ouverture était en soi l'inexécution de la part du débiteur. Convient-il cependant d'affirmer qu'un seul fait de non-payement doive nécessairement entraîner la faillite ? Non, sans doute ; la cessation des payements diffère, semble-t-il, de l'inexécution pure et simple. Qu'est-elle par rapport au non-payement matériel ? Quelle cause d'ouverture lui correspondrait dans la faillite civile rationnelle que nous construisons pièce par pièce, sur le modèle du Droit commercial ? Nous consacrerons des développements distincts à chacune de ces deux questions.

§. I. — *La cessation de payements.*

Analyser la notion de cessation de payements est une entreprise délicate.

La difficulté vient en premier lieu du silence de la loi. Le Code ne fournit aucune définition. Bien mieux, pour la Cour suprême la cessation de payements est un fait que les juges du fond apprécient souverainement et dont ils reconnaissent ou dénient l'existence en toute liberté. Aussi bien la plupart des jugements déclaratifs de faillite sont-ils ainsi motivés : « Attendu que le sieur X..., commerçant est en état de cessation de payements ». D'aucuns cependant sont plus explicites ; s'ils n'essayent point toujours une théorie générale, du moins indiquent-ils des faits précis qui à leur

sens et dans l'espèce ne sont pas constitutifs de l'état de faillite[1]. De l'étude de ces cas particuliers la doctrine peut déduire la théorie recherchée.

Mais en pareille analyse il faut se garder d'une confusion, et là réside une deuxième et plus grave difficulté.

Fixer, en effet, la notion de cessation de payements, ce n'est point dire dans quelle situation de fait plus ou moins apparente et directement tangible se trouve le débiteur que le tribunal déclare failli ; ce n'est point définir l'état des affaires dont la cessation des payements est le signe en général certain. L'analyse dont s'agit doit être purement juridique et abstraite. Elle consiste dans la recherche d'un critérium *à l'usage exclusif du juge* et tel que, combiné avec l'effet antérieur, automatique et caché de la vertu comminatoire des articles 437 et suiv., C. com., il ait pour résultat *de fait* la mise en faillite des seuls débiteurs que la loi veut atteindre.

1. — Certaines théories couramment admises semblent être tombées à des degrés divers dans cette confusion. Les auteurs oublient quelquefois que le mécanisme d'ouverture de la procédure collective comporte un double rouage. Ils ne distinguent pas assez le point de vue législatif du point de vue judiciaire. Ils laissent croire volontiers qu'il appartient au juge lui-même d'écarter de la faillite les commerçants pour

(1) Nous employons ici l'expression « état de faillite » dans le sens d'état de cessation de payements sans prendre parti sur la question de la faillite virtuelle que nous aurons plus tard l'occasion d'examiner incidemment.

lesquels cette voie de liquidation n'est point faite, alors qu'en réalité la perspective du jugement déclaratif et de ses dures conséquences prévues par le législateur, agissant sur l'esprit de l'obligé, a déjà accompli pour le tout ou pour partie la tâche dont on voudrait charger inutilement le tribunal.

Le vice que nous signalons est celui des formules qui incorporent dans la notion de cessation de payements l'impossibilité de payer. Il est celui aussi, croyons-nous, de la définition que propose M. Bonnecase. « La cessation des payements, écrit-il, envisagée comme fait générateur de la faillite suppose à notre avis la réunion de deux éléments : un élément formel ou externe qui consiste dans l'arrêt des paiements et un élément purement juridique, qui n'est autre que la perte de son crédit par le commerçant[1] ».

Assurément, le débiteur qui s'est mis dans la situation d'être frappé par la procédure collective est dans l'impossibilité de payer et a perdu son crédit. De même, et d'une manière plus certaine, car la statistique le prouve, on peut affirmer que le négociant qui cesse ses payements est insolvable, si l'on se place dans les limites de la rigueur et de la précision que comportent les lois des phénomènes juridiques. Il est bien, de plus, dans l'esprit des textes que la faillite soit réservée aux commerçants dont le passif dépasse l'actif.

---

(1) Bonnecase, *La Faillite virtuelle et la notion juridique de la cessation des paiements*, (*Annales de droit commercial*, 1910, p. 366).

M. Bonnecase développe ainsi sa pensée, p. 369 : « Il (l'élément formel ou externe) consiste en résumé dans l'arrêt effectif et matériel des paiements de dettes liquides, exigibles, non litigieuses et de nature commerciale ». «..... la suspension matérielle des paiements ne peut entraîner à elle seule la faillite. Cela serait contraire à la fois au but de la faillite et à l'importance de ses conséquences ».

Cependant la doctrine et la jurisprudence dénient au juge le droit de tenir compte des signes qui révèlent la pénurie ou la suffisance des biens, et refusent d'incorporer la notion d'insolvabilité à la notion *judiciaire* de cessation de payements. Et l'on apporte un argument de pratique ; l'infériorité de l'actif est un fait difficile à déceler, on dit même : « La loi s'attache avec raison à un fait extérieur dont la constatation est possible non à l'état réel de la fortune du commerçant qui ne pourrait être connu que par une véritable liquidation [1] ».

Or, moins tangibles encore que l'insolvabilité sont l'impossibilité de payer les dettes échues et la perte du crédit. N'est-on pas illogique en faisant de l'une ou de l'autre une condition distincte et spéciale de la faillite, alors que l'on interdit au tribunal de rechercher l'existence d'un état qu'il est malgré tout souvent facile à constater ?

Il y a deux sortes de crédit : le crédit réel et le crédit personnel ou chirographaire. Pour savoir si le premier a disparu, il faudrait de toute évidence connaître la valeur de l'actif disponible, c'est-à-dire franc et quitte de toute charge, et le comparer au passif dont le payement est réclamé. Le juge aurait ainsi la conviction que le débiteur peut ou ne peut pas emprunter sur gage ou hypothèque afin d'opérer les règlements exigés. Mais, c'est là une tâche que le tribunal ne saurait accomplir. Quels sont les moyens d'information dont il dispose ? Il n'a pas le droit d'ordonner la représentation des livres du commerçant, ni de nommer un expert qui les examinerait. Dans certains tri-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Dr. com.*, n° 1076.

bunaux de commerce l'usage s'est établi, il est vrai, de renvoyer la décision à huitaine ou à quinzaine et de déléguer un juge ou un syndic pour « aller aux informations [1] ». Mais cette procédure n'a rien de légal ; elle ne permet pas, d'ailleurs, de recueillir d'une façon précise et complète les renseignements indispensables sur le crédit réel. Seuls, les résultats de la liquidation lors de l'union indiqueront si le négociant avait ou n'avait pas à la veille du jugement déclaratif la faculté d'emprunter sur hypothèque ou sur gage.

Quant au crédit personnel, ce qu'il était demeurera secret à jamais. Son existence et sa valeur sont choses essentiellement impondérables. Tel capitaliste refuse une avance sans garantie que tel autre plus audacieux consentira. A quel signe reconnaître que ce crédit a disparu ? Le débiteur a-t-il essayé d'emprunter ? On l'ignore ; pourquoi ne trouverait-il pas demain un prêteur de deniers ?

La perte du crédit *vis-à-vis des seuls créanciers du négociant*, ne saurait être appréciée elle-même. Le tribunal ne connaît que ceux qui ont produit des protêts à sa barre et demandent la mise en faillite du débiteur. A leur égard, il va de soi que le commerçant a perdu son crédit, puisque leur attitude démontre directement qu'ils lui ont retiré leur confiance. Mais des autres, on ne peut rien dire. On ne les connaît point tous, on ne sait pas si parmi eux certains n'ont pas entamé des poursuites contre l'obligé commun ; leur silence et le fait qu'ils n'ont pas présenté requête aux fins d'une déclaration de faillite ne prouvent pas assurément qu'ils accordent des délais au débiteur.

(1) Percerou (Thaller), II. p. 182, note 1. et p. 192.

Et la loi n'autorise pas le tribunal à convoquer les créanciers avant qu'il ait rendu sa décision ; le Code n'oblige pas le juge à entendre les explications du commerçant, dont l'assignation est inutile ; bien mieux, le législateur a prévu la déclaration d'office de la faillite. Il admet donc que le tribunal puisse rendre un jugement déclaratif, alors qu'aucun des créanciers ne le sollicite et que tous semblent faire crédit au débiteur. Mais dût-on accepter que la perte du crédit soit un élément distinct et particulier de la cessation des payements et que le juge soit légalement tenu de la découvrir, la tâche de celui-ci ne serait pas encore achevée. L'art. 585-3°, C. com. stipule, en effet, que sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui, dans l'intention de retarder sa faillite, s'est livré à des emprunts, circulation d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds. Ce texte révèle le vœu de la loi. Le législateur désire que le débiteur qui possède du crédit ne l'utilise pas, s'il a la conviction que sa situation est irrémédiablement perdue. En d'autres termes, par la menace de la banqueroute le Code l'incite à cesser volontairement ses payements et à aller au devant de la faillite. Il peut donc y avoir « cessation de payements », tandis que le crédit n'a pas disparu et que le commerçant a encore la faculté d'emprunter pour éteindre les dettes présentement échues.

Le tribunal devra donc examiner, encore plus en détail, les circonstances de l'affaire et ne point s'en tenir au principe, déjà très délicat à appliquer, qui subordonne la déclaration de faillite à la réunion de deux conditions : des faits d'inexécution et la perte du crédit ; il lui faudra apprécier si le crédit existant

est ou non utile, c'est-à-dire susceptible par son emploi de rétablir la situation du commerçant. Qui ne voit alors à quelles complications et à quelles difficultés pratiques insurmontables conduit la théorie que nous combattons ?

Des observations analogues pourraient être présentées en ce qui concerne l'impossibilité de payer. Celle-ci se ramène, d'ailleurs, à l'insolvabilité aggravée par la perte du crédit. Aussi, en aurions-nous fini avec notre critique sommaire des théories du double élément, s'il ne restait à apporter à leur encontre une objection commune, selon nous décisive.

Il n'est pas douteux en doctrine et en jurisprudence que le tribunal déclarerait à bon droit failli le commerçant parfaitement en état de payer, mais se refusant de mauvaise foi à exécuter des engagements dont il reconnaît l'existence et le montant[1]. Si donc, il peut y avoir cessation de payements au sens légal, quoique la survivance du crédit et de la faculté de payer soit évidente, le critérium proposé par M. Bonnecase ou tout autre semblable est incomplet. Il vaut seulement lorsque le juge ayant déjà fait une première analyse de la situation du débiteur, a constaté qu'il était gêné et non pas récalcitrant. Il faudrait, par conséquent, découvrir le principe de la nouvelle distinction, car l'inexécution volontaire pas plus que l'embarras sans perte du crédit ne sont des faits patents. Mais à tout bien considérer, n'est-il pas matériellement impossible de déceler la mauvaise foi, sans dresser le bilan du débiteur et plus exactement sans comparer le montant des dettes échues aux valeurs

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Dr. com.*, n° 1036.

négociables, espèces et effets de commerce que renferme sa caisse ?

On nous répondra, il est vrai, que l'hypothèse d'un négociant récalcitrant est extrêmement rare et mérite par suite d'être négligée. Les débiteurs menacés de la faillite sont tous en fait dans l'embarras ; c'est une règle sûre et utile de les présumer avant tout examen dans une pareille situation ; de la sorte, on facilite la tâche du juge qui recherchera seulement si la gêne est accompagnée ou non de l'impossibilité absolue de payer ou de la perte du crédit.

Nous acceptons volontiers cette règle, mais nous remarquons qu'elle est le corollaire d'un principe plus général que nous connaissons : la perspective de la faillite porte en elle-même une vertu comminatoire puissante dont l'un des effets est d'amener à l'exécution les débiteurs récalcitrants.

Aussi bien de cette idée à notre sens fondamentale, faut-il déduire toutes les conséquences logiques et naturelles, au lieu de n'en retenir qu'une seule. C'est par ce procédé que l'on parviendra à la notion *judiciaire* exacte de la cessation de payements.

2. — Nous préciserons d'abord notre méthode. Son double point de départ est l'existence d'un pouvoir énergique de coercition attachée à la simple menace du jugement déclaratif, et cette idée élémentaire que le travail du juge doit être allégé de toute l'œuvre normale, automatique et cachée de la vertu comminatoire. Si celle-ci suffisait à écarter de la faillite, en toute hypothèse, la totalité des débiteurs qui ne sont pas insolvables et mis dans l'impossibilité de payer par la perte de leur crédit, fort simple serait la tâche

du tribunal : il ouvrirait nécessairement la procédure collective aussitôt que le commerçant aurait laissé impayée une seule dette échue, certaine et liquide ; la cessation des payements au sens légal et judiciaire serait assimilée complètement à l'inexécution matérielle. Mais, en réalité, il n'en va pas ainsi ; le pouvoir coercitif de la faillite n'a point, pour des raisons qu'il faudra découvrir et qui ne tiennent pas à son défaut d'énergie, tout l'effet qui rendrait entièrement automatique la déclaration de faillite et éloignerait du champ de celle-ci l'ensemble des débiteurs que le législateur a entendu placer hors de ses atteintes. L'intervention intelligente du juge est indispensable, mais elle s'ajoute à l'action mécanique de la vertu comminatoire et doit respecter ses effets utiles. D'autre part, la liberté d'appréciation qu'il faut laisser au tribunal sera restreinte à l'étendue des moyens d'investigation dont il dispose.

Nous avons donc, en définitive, à opérer nos recherches dans deux directions : quelle est la limite des résultats heureux produits par le pouvoir coercitif ? Quelle est celle de la faculté de discrimination qui pourrait appartenir au juge ?

Abordons le premier point. La menace de la faillite est un aiguillon : le commerçant sait qu'il s'expose à la procédure collective entraînant la perte ou la ruine de sa situation professionnelle ainsi que la saisie de tout son avoir, lorsqu'il ne paye pas ses créanciers. La jurisprudence décide même que l'inexécution d'une seule obligation *peut* à elle seule constituer la condition du jugement déclaratif[1]. Cela ne doit point étonner.

(1) Trib. com. Havre, 10 juin 1885, Rec. jurisp., Havre, 1885, p. 181.

Dans les circonstances normales, en effet, le commerçant prévoit à l'avance ses échéances et connaît de même le montant des rentrées sur lesquelles il pourra compter. Le menace-t-on de la procédure collective s'il manque un seul payement, aussitôt emploiera-t-il son activité afin de remplir tous ses engagements. Aucune difficulté dans l'hypothèse où il détient des espèces ou effets de commerce suffisants : il paye et ne se montre jamais récalcitrant. Supposons, au contraire, qu'il soit dans une situation embarrassée : il prévoit que le total de ses rentrées et de son encaisse sera inférieur au montant des obligations qui vont échoir. Alors *dans le temps dont il dispose et qui normalement est assez long avant l'échéance difficile,* il entreprend soit la liquidation d'une portion de son actif, soit la recherche d'un capitaliste, banquier ou autre, qui lui consentirait un prêt purement chirographaire ou sur garantie. L'échéance survient, il ne paye pas ; que faut-il en conclure ? Assurément que sa pénurie est certaine et qu'il a perdu son crédit. Incité énergiquement à exécuter chaque obligation, le fait qu'il manque à l'une seule est, *non en soi, mais en raison du pouvoir coercitif de la faillite qui le menace,* le signe non équivoque de son impuissance absolue. Il est inutile d'attendre que d'autres dettes soient à leur tour impayées. Une seule expérience suffit, le commerçant, réagissant sous l'aiguillon de la faillite possible, aurait satisfait son créancier, s'il avait pu.

De telles idées que nous connaissions déjà, mais sur lesquelles il était bon de revenir, conduiraient à ce principe que la cessation des payements, aux yeux du juge, est l'inexécution pure et simple d'un ou plusieurs

engagements, si les circonstances dans lesquelles nous nous sommes placés pour rappeler le détail de ce mécanisme d'ouverture étaient toujours réalisées. Il en sera différemment maintes fois. Il se peut en premier lieu que le commerce en général ou l'espèce de négoce qu'exerce le débiteur traversent une crise : par exemple, le prix des marchandises a baissé subitement. Si cette crise est purement passagère et n'a point compromis la situation du débiteur, déclarer celui-ci en faillite parce qu'il laisse en souffrance certaines dettes, est, semble-t-il, contraire à la fois au vœu de la loi et à l'intérêt bien compris des créanciers. La crise passée, le débiteur payera. Se prolonge-t-elle au contraire, l'ouverture de la procédure collective est conforme à la volonté du législateur : il va de soi, en effet, que la faillite peut atteindre les négociants victimes des évènements commerciaux.

Une deuxième hypothèse est également de nature à se réaliser assez souvent. L'obligé a combiné ses rentrées et ses échéances, mais à la veille même d'une échéance une rentrée ne s'effectue pas, ou une obligation imprévue vient grever brusquement son passif exigible. Devant ce déséquilibre et sous la menace de la faillite le débiteur va tenter les opérations que nous connaissons : ventes, emprunts ; or, le *temps* matériel nécessaire à leur réalisation lui manquera parfois. Il ne convient pas de le déclarer failli, alors qu'il serait en mesure quelques semaines après la date de l'exigibilité d'exécuter ses engagements.

On le constate donc, il est des circonstances qui entravent l'action de la vertu comminatoire attachée à la perspective de la faillite ; son pouvoir coercitif ne suffit plus à écarter du champ de la procédure

collective tous les débiteurs qui rationnellement doivent échapper à celle-ci. Mais les circonstances que nous avons indiquées sont les seules ; lorsqu'elles ne se rencontrent pas en fait, le principe général reprend son empire : l'inexécution d'un engagement est, par l'effet de la crainte de la faillite, le signe certain du désordre irrémédiable des affaires et l'indice de l'insolvabilité.

Plaçons-nous maintenant au point de vue du juge, et essayons par conséquent de fixer la *notion proprement judiciaire de cessation des payements.* L'unique difficulté est celle-ci : comment le tribunal pourra-t-il reconnaître l'existence, soit d'une crise passagère et peu durable du commerce en général ou de la spécialité du débiteur, soit d'une crise subite, imprévue et purement temporaire, atteignant l'affaire particulière de l'obligé ? Les moyens dont dispose le juge sont restreints et la difficulté est aggravée de ce fait. Il n'a guère connaissance que des protêts formés et des poursuites ou saisies dirigées contre le commerçant ; et, d'ailleurs, il en ignorera souvent un grand nombre. Toutefois, mais ceci concerne seulement les tribunaux de commerce proprement dits et non les tribunaux civils statuant commercialement, les juges possèdent une expérience personnelle du négoce. Renvoyant à huitaine ou à quinzaine le prononcé de leur décision, ils ont aussi la faculté de recueillir officieusement dans le monde du commerce des renseignements utiles quoique incomplets, sur la situation du débiteur et l'importance de son affaire.

Par ces procédés dont l'emploi n'est pas toujours possible, le tribunal saura souvent si le commerçant est la victime d'une crise générale ou d'un embarras

particulier. Il se gardera alors d'ouvrir la faillite lorsque cet embarras ou cette crise ont, en ce qui concerne le débiteur, un caractère passager. Mais quel sera le critérium ? Quels indices démontreront que l'obligé va traverser rapidement la période difficile ? Le juge considérera le nombre et la valeur des obligations inexécutées. Mettant à profit son expérience commerciale, comparant le montant du passif en souffrance et l'importance de l'affaire, tenant compte de sa nature, il dira en son âme et conscience s'il estime ou non que le débiteur triomphera à bref délai de sa gêne et payera tous ses créanciers. C'est la seule méthode dont le tribunal puisse user, car il n'a point d'autres renseignements.

Mais, il ne saura pas toujours que l'arrêt dans les payements a pour cause unique ou partielle un embarras momentané. Devra-t-il alors supposer que les circonstances sont normales, et, par conséquent, déclarer la faillite aussitôt qu'une seule obligation reste inexécutée ? Non, assurément ; il n'est pas établi, en effet, que l'action automatique de la vertu comminatoire n'a pas été entravée par quelque obstacle fortuit. La prudence du juge en cette matière est, semble-t-il, conforme à l'esprit de la loi. Aussi, reprenant notre formule précédente nous dirons : *Il y a cessation des payements lorsque la comparaison du passif en souffrance et de l'importance de l'affaire du débiteur, faite en considérant la nature de celle-ci et l'état actuel du négoce en général, révèle que l'obligé est hors d'état de sortir rapidement d'une crise accidentelle connue ou toujours présumée.*

Un pareil critérium, par son manque de précision aboutit à laisser au tribunal une liberté complète

d'appréciation. S'il subordonne, en effet, la déclaration de faillite à des circonstances bien déterminées en théorie, il la fait néanmoins dépendre d'une comparaison, opération intellectuelle que le juge accomplit nécessairement dans le secret et l'indépendance de sa conscience.

Toutefois, notre formule est aussi précise que les définitions les plus classiques dont elle se rapproche et qui reconnaissent l'état de cessation des payements dans la situation du commerçant laissant impayée « *une portion appréciable du passif échu*[1] ». Elle a à notre sens le grand avantage d'éliminer tous les éléments, comme la perte du crédit ou l'impossibilité de payer, sur lesquels le tribunal ne possède la plupart du temps que des renseignements incomplets. Elle respecte enfin le texte même de la loi ; elle n'ajoute pas, en effet, une condition distincte à l'arrêt matériel des payements ; c'est un simple tempérament qu'elle y apporte.

On pensera peut-être que le tempérament absorbe la règle, puisque le juge présume que l'effet automatique de la vertu comminatoire ne s'est pas pleinement réalisé. Notre critérium ne se réduit-il pas en définitive à cette formule : il y aura cessation des payements lorsque la situation du débiteur apparaîtra irrémédiablement compromise ? Et cette idée que le tribunal doit fonder sa conviction à peu près uniquement sur le nombre et l'importance relative des dettes impayées ne provient-elle pas, non de l'action secrète et antérieure du pouvoir coercitif attaché à la menace

(1) Thaller, *Ce que c'est que la cessation des paiements dans la faillite* (Ann. Dr. com. 1897, p. 216).

de la faillite, mais bien seulement de ce que d'autres éléments d'appréciation manquent au tribunal ?

Oui, sans doute, sera-t-on en droit de répondre assez justement, lorsque notre critérium est appliqué pour ouvrir la procédure collective.

Au contraire, lorsque le juge en fait usage pour fixer la date de la cessation des payements par un jugement postérieur, notre formule présente un intérêt tout particulier. C'est alors que la théorie fondée sur le pouvoir coercitif de la faillite devient d'une utilité réelle. En le montrant, nous découvrirons une idée nouvelle qui nous permettra de passer directement du Droit commercial dans le Droit civil. C'est pourquoi nous reportons ces explications au paragraphe suivant dont elles constituent l'introduction naturelle.

§. **II.** — *La notion correspondant en Droit civil à la cessation de payements, la condition juridique de la faillite civile rationnelle.*

Deux circonstances, avons-nous dit, et deux seulement viennent parfois entraver l'action normale de la crainte de la faillite commerciale et vicier le critérium qui ferait de la cessation des payements l'exact équivalent de l'inexécution pure et simple d'une seule obligation. La première se réalise lorsque le commerçant, surpris par la défaillance d'un débiteur, la naissance d'une obligation fortuite immédiatement exigible, ou par quelque autre évènement, *n'a pas le temps* de prendre les dispositions utiles pour payer. Le fait qu'il n'exécute pas ses engagements à l'échéance ne prouve pas son insolvabilité ni la perte de son crédit ; la vertu comminatoire ne produit pas d'une façon instantanée son heureux effet qui est de

séparer automatiquement les débiteurs que la loi veut atteindre de ceux pour lesquels la faillite n'a pas été créée. Mais, et voici l'idée intéressante, *lorsqu'un temps suffisamment long se sera écoulé,* lorsqu'il sera certain que le commerçant a joui du délai largement nécessaire à la vente d'une partie de ses biens ou à la réalisation d'un emprunt, on pourra dire s'il persiste dans son refus de payer que la voie collective doit être ouverte : le débiteur *était* à coup sûr dans une situation irrémédiablement compromise à l'époque des premiers faits d'inexécution.

La seconde des deux circonstances que nous rappelons, est celle d'une crise atteignant le commerce en général ou spécialement le genre d'affaires traitées par le négociant qui ne satisfait plus la totalité de ses créanciers. Si cette crise, en ce qui concerne le débiteur tout au moins, est *passagère,* il serait déraisonnable de le déclarer en faillite. Se prolonge-t-elle, au contraire, l'ouverture de la faillite est rationnelle : les créanciers ne peuvent attendre indéfiniment un relèvement hypothétique, alors que l'inexécution par l'effet de la menace de la voie collective a déjà révélé l'impuissance du débiteur.

Ainsi donc, ici encore, sommes-nous en droit de poser le même principe : le fait de ne point payer une dette quelconque constitue le débiteur, *après l'expiration d'un certain délai depuis l'échéance,* en état de cessation de payements, *rétroactivement dès le jour de l'inexécution.*

Mais quelle est la longueur de ce délai ? Elle dépend des circonstances, de la nature de l'affaire de l'obligé, de l'état du commerce. On concevrait sa fixation légale et forfaitaire à un mois ou deux mois ou

davantage. En l'absence d'un texte, sa durée est variable selon les espèces. Elle dépendra de l'appréciation implicite du juge.

Voyons, en effet, comment le tribunal pourra faire usage de la méthode que nous venons d'exposer, lorsque la voie collective étant ouverte, il s'agit de fixer par un jugement postérieur la date de la cessation des payements[1]. Puisque la faillite est déclarée, il est établi que le débiteur n'était pas en état de sortir assez tôt de l'embarras fortuit dans lequel on avait présumé qu'il était tombé. Le point de départ du délai d'expérience dont nous avons parlé est au plus tard le jour du jugement déclaratif ; ce délai peut aussi à cet instant être depuis longtemps expiré. La date de la cessation des payements sera selon notre règle celle de la première échéance manquée si, le temps en question ou un temps plus long la sépare de l'époque de la faillite ouverte. Dans le cas contraire, on la fixera au jour où le total du passif déjà en souffrance prouvait *par lui-même* l'impuissance du débiteur à franchir le mauvais pas supposé, c'est-à-dire par le même procédé que pour déclarer la faillite[2].

Mais que décider, dans la première hypothèse, lorsque la plus ancienne inexécution n'est pas suivie d'une succession ininterrompue de non-payements ? Remarquons d'abord que la date cherchée ne saurait être placée à l'époque où le commerçant n'a point fait face à certaines échéances quelle qu'en soit l'im-

(1) La notion de cessation des payements est une. Elle présente les mêmes caractères, soit que le juge en recherche l'existence actuelle pour ouvrir la faillite, soit qu'il détermine le jour ou elle a été pour la première fois effective, afin de fixer l'origine de la période suspecte. Percerou (Thaller), I. p. 179 et p. 350 et suiv.

(2) Cf. Paris, 15 février 1922, D. 1922. 2. 43.

portance si plus tard ce passif a été payé. En effet, un tel payement montre que le débiteur était parvenu à rétablir ses affaires, sortant ainsi d'un premier embarras dont on ne doit pas tenir compte. Que l'état de cessation de payement ait existé, c'est possible ; il a disparu par la suite en tout cas ; l'état actuel ne peut pas quant à son origine être reporté jusqu'à l'ancien.

Cependant, le négociant muni de fonds nouveaux, au lieu d'éteindre les obligations dont les échéances sont les plus anciennes, a peut-être payé les créanciers dont les droits étaient devenus postérieurement exigibles. Faut-il alors s'attacher néanmoins à l'inexécution la plus lointaine ? Non, sans doute, car le débiteur n'était point tenu en la circonstance d'acquitter ses dettes, d'ores et déjà impayées, selon la date de leurs exigibilités respectives, chaque fois qu'il a obtenu des capitaux. S'il avait éteint l'obligation la plus ancienne, celle-ci ne servirait plus à calculer la date de la cessation des payements, il en sera de même si la dette postérieure éteinte ultérieurement égalait ou dépassait le montant de la première. C'est pourquoi *la cessation des payements datera du jour à partir duquel le commerçant n'a cessé d'avoir à sa charge un passif échu et impayé,* à la condition toutefois, rappelons-le, que cette date soit séparée de celle du jugement déclaratif au moins par le délai que nous nommons *délai d'expérience,* et dont nous avons refusé de déterminer forfaitairement la durée.

Ceci posé, la solution vers laquelle nous tendons est tout proche. Ne quittons pas cependant encore le Droit commercial, mais plaçons-nous au moment du jugement déclaratif. Que faudrait-il pour que notre crité-

rium soit facilé à employer par le juge chargé d'ouvrir la faillite ? Deux dispositions législatives seraient nécessaires.

En premier lieu, la durée du temps d'expérience devrait être fixée une fois pour toutes par la loi elle-même. Or ce délai est double. Il comprend celui qui permet au débiteur de prendre les mesures utiles, afin de trouver des capitaux. Aucune difficulté n'existe en ce qui le concerne ; deux ou trois mois conviendraient certainement. Mais le temps d'expérience comprend aussi le délai donné pour traverser la crise commerciale spéciale ou générale que l'on présume avoir atteint l'affaire du négociant et les affaires similaires. Ici, il est bien délicat de fixer une durée uniforme. On pourrait, toutefois, décider que les créanciers ne sauraient attendre plus de trois mois leur payement d'un débiteur victime des évènements, même si l'avenir semblait devoir ramener la prospérité dans sa maison de commerce.

La deuxième disposition législative nécessaire a trait au point de départ du délai. Le tribunal, en effet, ne connaît pas au moment où il va rendre un jugement déclaratif, ou une décision écartant la faillite, toutes les dettes impayées par le débiteur. L'origine du temps d'expérience n'est pas la plus ancienne dont l'existence et la date d'échéance lui soient révélées : le commerçant avait la faculté d'appliquer à cette obligation qui eut ainsi disparu, les payements qu'il a fait peut-être par la suite. Il faudrait amener le commerçant à concentrer tous ses efforts sur l'extinction d'une obligation que le juge considérait seule désormais. Ce résultat serait atteint si la loi stipulait que la déclaration de faillite est subordonnée au non-

payement d'une dette dans le délai de trois mois *à compter d'une sommation spéciale* faite par le créancier au débiteur et portant expressément menace de la faillite. De la sorte, le débiteur serait incité à acquitter ses obligations en souffrance *dans l'ordre des mises en demeure qu'il aurait reçues.*

Le juge compterait le délai à partir de la plus ancienne sommation connue de lui et non suivie d'un payement intégral. Apprécions la valeur pratique d'un pareil système d'ouverture, à supposer qu'il fût exclusif. Il élimine l'autre système fondé sur le nombre et l'importance relative des inexécutions ; il semble en cela restreindre au profit des débiteurs le champ de la cessation des payements, lorsque le temps d'expérience n'est pas encore terminé[1]. Par ailleurs, le critérium envisagé n'aggrave point la situation des obligés : lorsque son application conduit à l'ouverture de la voie collective, il est certain que le commerçant a pratiquement perdu son crédit, se trouve être virtuellement insolvable et hors d'état de rétablir ses affaires. Mais, il faut pour cela, que le temps laissé au débiteur pour se débattre, sous l'aiguillon de la faillite dont on le menace, avec les difficultés qui l'assaillent, ait une durée suffisante. On peut se demander s'il est possible de la déterminer, alors que la loi se refuse à décider quel est le minimum quant à l'importance et au nombre des inexécutions, dans le critérium usuel. Là, réside la seule objection contre le système que nous avons proposé.

---

(1) On remarquera qu'en pratique, dans le système actuel du code, plusieurs semaines ou plusieurs mois s'écoulent presque toujours entre la date de la cessation des payements et le jugement déclaratif.

2. — L'objection tombe si l'on passe du Droit commercial au Droit commun. Le délai d'expérience dans la faillite civile ne comprendrait, qu'un seul élément. Les patrimoines des débiteurs qui ne sont pas dans les affaires échappent aux répercussions de la hausse ou de la baisse sur les marchandises. Ils ne sont pas le jouet de crises soudaines et passagères, analogues à celles qui frappent le commerce. Et ils subissent avec lenteur l'influence des évènements économiques. Ils sont stables. Dans ces conditions, il est inutile de prévoir pour les débiteurs civils le délai qui correspond pour les commerçants aux troubles fortuits dont leurs affaires sont sans cesse menacées. Il suffit de prévoir celui qui leur donnera le temps de vendre une partie de leurs biens ou de découvrir un prêteur de deniers, dans le cas où ils auraient été surpris par l'échéance ou matériellement obligés d'employer à de pressantes dépenses leurs capitaux disponibles. Il est facile de fixer ce temps ; deux mois semblent être le minimum, le maximum n'aurait d'autre limite que la mansuétude dont la loi voudrait faire preuve à l'égard des débiteurs non-commerçants.

Telle est donc à notre sens, la condition judiciaire d'ouverture qui en Droit civil correspond à la cessation de payements du Droit commercial. Nous avons transposé en *durée* ce qui dans la jurisprudence commerciale est exprimé en *quantité* et montré l'équivalence des deux concepts. La notion fondée sur le temps depuis lequel l'inexécution s'est produite est entre les mains du législateur d'une remarquable souplesse permettant la conciliation facile des intérêts contraires des créanciers et des débiteurs. Entre les mains du juge, elle est un critérium simple et com-

mode ; elle écarte, par sa précision, tout arbitraire ; elle assure l'unité de la jurisprudence, en restreignant le rôle du tribunal et en l'enfermant dans les limites d'une intervention mécanique, puisque la longueur du délai d'expérience serait fixée par la loi.

On l'aura remarqué, notre raisonnement nous a conduit au système d'ouverture que M. Thaller propose pour une faillite commune aux obligés du Droit civil et à ceux du Droit commercial. A l'idée confuse de cessation des payements inapplicable aux non-commerçants, le savant professeur demande la substitution de l'idée d'inexécution dans un certain délai dont l'origine serait une sommation spéciale adressée au débiteur[1].

Quoi qu'il en soit, une observation essentielle est ici à sa place ; elle fournira la conclusion de notre chapitre. La condition d'ouverture de la faillite civile rationnelle apparaît, semble-t-il, quant à sa nature, identique à la condition juridique de la saisie. La saisie immobilière, par exemple, la plus grave des voies d'exécution suppose un commandement préalable, et l'art. 674, C. pr., n'autorise le saisissant à faire dresser

(1) Thaller, *Des faillites en droit comparé*, I. p. 178.

« Quand le refus d'y obtempérer (à la sommation), écrit M. Thaller, « au lieu de reposer sur une contestation sincère et loyale de la dette, « tient à un manque d'argent — question de fait apparemment — ce « manque d'argent cache la gêne et légitime l'ouverture d'une procédure « collective sur les biens. Qu'on accorde au retardataire, à partir de la « sommation, un délai d'une certaine étendue, pour lui laisser le loisir « de faire appel au crédit, huit ou quinze jours, davantage même, si on « le juge opportun, mais qu'on fasse, au civil comme au commerce de « la mise en demeure extra-judiciaire, de la sommation signifiée par un « officier ministériel, l'acte initial de la procédure de faillite et la mani- « festation légale de la pénurie du débiteur ».

On pourrait à l'encontre du débiteur civil exiger un commandement du créancier, ce qui obligerait ce dernier à se munir d'un titre exécutoire.

le procès-verbal de saisie que trente jours au moins après le commandement. Ce délai n'est-il pas l'équivalent du délai d'expérience dans la faillite civile que nous avons envisagée ? Ne procède-t-il pas de la même idée : donner le temps au débiteur d'accomplir un dernier effort ? Evidemment ; mais de la similitude des conditions judiciaires *externes*, il ne faut pas conclure à l'identité des causes réelles d'ouverture. Une différence profonde les sépare. La faillite sur laquelle nous raisonnons serait redoutée du débiteur. Spécialement aménagée en vue de lui inspirer une crainte certaine quelle que soit sa situation sociale ou professionnelle, elle l'inciterait à payer chaque fois qu'il n'est pas impuissant à le faire. La saisie, au contraire, n'a généralement pas cette vertu : elle effraye parfois le créancier plus que le débiteur.

D'où il suit que la condition de la faillite comminatoire est en réalité l'insolvabilité, tandis que celle de la saisie est seulement l'inexécution pure et simple. Si la voie collective civile à l'état de perspective n'était point dotée de ce pouvoir coercitif à l'égard de tout débiteur, il faudrait créer une institution auxiliaire qui soit une épreuve de solvabilité et rétablir, par exemple, à cet effet la contrainte par corps. Mais remarquons-le, la cause d'ouverture de cette procédure auxiliaire serait encore l'inexécution d'une ou plusieurs obligations de la part du débiteur. La faillite atteindrait *ensuite* les obligés qui malgré l'exercice effectif de la voie contrainte auraient refusé de satisfaire leurs créanciers. Ainsi s'opèrerait d'une manière apparente la *discrimination* des débiteurs en état de payer et des autres, discrimination que la vertu comminatoire attachée à la menace d'une faillite redou-

table réalise secrètement, mais avec autant de précision et de sûreté.

Résumant l'ensemble de nos études à la fin de ce chapitre intitulé « *faillite et insolvabilité* », il nous est donc permis d'écrire : Le procédé rationnel pour écarter du champ de la faillite, qui est une voie d'insolvabilité, les débiteurs solvables, ne réside pas dans une disposition légale ordonnant au juge de constater les signes externes non équivoques de la supériorité du passif sur l'actif ; le procédé consiste, au contraire, dans l'institution d'une épreuve de solvabilité, soit distincte de la faillite, mais faisant corps avec celle-ci dont elle serait le préliminaire obligé, soit incorporée à la faillite elle-même et agissant alors par simple menace au cours d'un délai ménagé à cet effet.

C'est seulement d'une faillite civile construite sur l'un de ces modèles que nous aurons à discuter plus tard. Mais nous sommes loin à la vérité de l'instant où nous pourrons aborder la controverse et chercher utilement une solution au problème qui nous occupe. Nous ne le connaissons pas encore tout entier. En effet, en proposant l'organisation d'une voie collective civile, on n'a pas uniquement en vue l'institution d'une procédure d'*insolvabilité ;* on entend aussi assurer l'*égalité* entre les divers créanciers chirographaires d'un même débiteur non-commerçant. Il y a là, nous l'avons dit, une face nouvelle du problème. Il est fort intéressant de l'examiner à la lumière des principes que nous venons d'adopter.

CHAPITRE II

Faillite et Egalité

Procédures essentiellement égalitaires dans leur structure interne, la faillite et la liquidation judiciaire sont néammoins en Droit français des sanctions incomplètes de la règle d'égalité. — Point de vue législatif : d'une procédure collective qui tendrait à assurer l'égalité entre les créanciers chirographaires non encore payés au jour de l'insolvalité.

Essentiellement liées entre elles sont la notion de faillite et la notion d'égalité. L'égalité est l'âme de la faillite et la procédure des articles 437 et suivants du Code de commerce apparaît tout entière construite en vue d'assurer la distribution de l'actif rigoureusement au marc le franc entre les créanciers chirographaires du *failli*.

Mais faut-il en conclure que la faillite et la liquidation judiciaire sont des sanctions complètes et parfaites du principe d'égalité ? Il est à notre sens permis d'en douter. On peut estimer, en effet, à l'examen des statistiques, que la faillite commerciale française, encore bien que sa procédure interne soit scrupuleusement égalitaire, favorise en réalité les créanciers les plus diligents de *l'insolvable*, parce qu'elle s'ouvre en général trop tard.

Nous nous emploierons à le montrer dans une pre-

mière section. Dans une seconde, nous plaçant au point de vue législatif, nous rechercherons les moyens par lesquels la faillite commerciale pourrait devenir la sanction pratiquement suffisante de la règle d'égalité, et nous transposerons en Droit civil, selon la méthode que nous avons suivie jusqu'ici, la solution que nous aurons adoptée en Droit commercial.

Nous connaîtrons par conséquent au terme de cette étude particulière les caractères généraux de l'institution civile qui serait à la fois une *faillite,* une *procédure d'insolvabilité* et une *sanction du principe d'égalité* : elle constituera la seule solution affirmative *théoriquement* acceptable de ce problème législatif qui, sous le nom de problème de la faillite civile est, aux yeux des auteurs, le problème de l'organisation de l'égalité forcée.

SECTION I.

Procédures essentiellement égalitaires dans leur structure interne, la faillite et la liquidation judiciaire sont néanmoins en Droit français, des sanctions incomplètes de la règle d'égalité.

§. I. — *Généralités.*

1. — Les créanciers chirographaires du commerçant, aussitôt la faillite ouverte, sont unis en une *masse.* Le syndic qui la représente rassemble et liquide au cas de l'*union* tous les biens que le failli possédait au jour du jugement déclaratif et parfois aussi quelques-uns de ceux dont le débiteur avait la propriété au début de la période suspecte. Le produit de la liquidation est réparti ensuite au marc le franc entre tous les créanciers chirographaires non encore payés à l'ouverture, auxquels s'ajoutent ceux qui par

le jeu des nullités des articles 446 et suivants sont devenus ou redevenus créanciers.

Sur ces biens et au regard de ces créanciers, la faillite est assurément la sanction parfaite du principe d'égalité. Mais on peut se demander si ce principe n'a pas un champ plus large que la faillite. Il ne suffit pas, en effet, d'instaurer une procédure d'égalité, il faut encore organiser son système d'ouverture et déterminer son domaine d'application de telle sorte qu'elle fonctionne pratiquement sur tous les biens et entre tous les créanciers que la règle d'égalité concerne, autrement, malgré l'apparence, cette procédure cesse d'atteindre son but.

Ce serait le lieu, semble-t-il, d'examiner la dite règle, d'en découvrir le fondement et d'en tracer les limites. Point n'est besoin d'une telle étude ; nous partons seulement du postulat que nous avons admis précédemment, à savoir que l'organisation de l'égalité forcée — à supposer qu'elle soit nécessaire — ne présente aucun intérêt lorsque le débiteur est solvable : n'importe quel mode de distribution assurera le payement complet de chacun des créanciers.

Le domaine du principe d'égalité apparaît donc enclos dans celui de l'insolvabilité. De là à conclure qu'ils se confondent, il n'y a qu'un pas. Nous ne le franchirons point. Nous dirons toutefois que la procédure collective *idéalement* égalitaire est celle qui répartirait au marc le franc la valeur des *biens existants au jour où la solvabilité cesse*, entre *tous les créanciers non encore payés à ce même moment*. De l'idéal ainsi défini, le législateur doit essayer d'approcher le plus possible. Par quels moyens, *en matière de faillite*, peut-il tenter d'y parvenir ?

Théorique, mais non pratique est une première solution : faire rétroagir l'origine des effets de la faillite jusqu'à la date de l'insolvabilité et reconstituer dans leur état à cette époque l'actif et le passif ; ce serait porter atteinte à un autre principe dont l'utilité sociale est manifeste et que le Droit commercial entend tout particulièrement respecter : le principe de la sécurité dans les contrats. Une deuxième solution consiste à choisir une cause juridique d'ouverture qui mette la procédure égalitaire en mouvement à une époque aussi voisine que possible de l'insolvabilité naissante.

2. — La loi française combine les deux systèmes tout en marquant sa préférence pour le second. La faillite s'ouvre à la cessation des payements reconnue par le tribunal, sans attendre l'apparition de l'insolvabilité ; d'autre part, certains effets du jugement déclaratif remontent à la date de cette cessation des payements et même à dix jours en deçà.

Cependant le Code de commerce de 1807 stipulait que le dessaisissement daterait du jour fixé comme étant celui où le débiteur avait cessé de faire honneur à ses affaires en laissant des engagements inexécutés. Il s'ensuivait que tous les actes postérieurs du failli étaient sans distinction, de plein droit et rétroactivement frappés de nullité et que par conséquent la règle de la distribution égalitaire entrait en action dès le jour de la cessation des payements[1]. Or, l'expérience

(1) Art. 442 ancien. — Les art. 443 à 447 organisaient un système de nullités de droit ou d'annulations facultatives pour certains actes passés dans les dix jours qui précèdent « l'ouverture de la faillite », c'est-à-dire la cessation des payements.

ne tarda pas à révéler la trop grande rigueur du système, il apparut que l'intérêt du commerce et l'équité commandaient notamment de valider les payements faits aux créanciers de dettes échues, qui avaient ignoré la situation du débiteur.

Aussi la loi du 28 mai 1838[1] décida que le point de départ du dessaisissement serait le jour du jugement déclaratif, lequel est publié. La distribution au marc le franc ne concerne donc plus que les créanciers non encore désintéressés à cet instant et ne s'applique qu'aux biens qui sont encore dans le patrimoine du failli. Toutefois, selon l'article 446 nouveau, les actes à titre gratuit, les payements et dations en payement pour dettes non échues, les dations en payement pour dettes échues, les hypothèques conventionnelles ou judiciaires et les droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées sont nuls, lorsqu'ils ont été faits ou constitués dans la période comprenant le temps qui sépare la cessation des payements du jugement déclaratif et les dix jours qui précèdent. D'autre part aux termes de l'article 447, le juge peut prononcer l'annulation de tous autres actes, y compris les payements, en espèces ou effets de commerce, de dettes échues, lorsque ces actes ont été passés depuis la cessation des payements et lorsque celui qui a traité avec le débiteur, le créancier notamment, avait con-

(1) Voyez sur les hésitations du législateur au cours des travaux préparatoires : Renouard, *Faillites et banqueroutes*, éd. de 1859, I, p. 353-362. — La jurisprudence (Caen, 23 juillet 1827. D. 1830. 2. 248 ; Bordeaux, 27 juin 1828, D. 1828. 3. 223) avait tenté au moyen de distinctions très subtiles, avant la loi de 1838, de faire dater le déssaisissement de plein droit non point du jour de la cessation des payements, mais du jour du jugement déclaratif, contrairement aux textes. (Renouard, I. p. 347-353).

naissance de la situation de l'obligé. A ces principes, l'article 449 apporte une dérogation en faveur du porteur d'une lettre de change, dans l'intérêt général du commerce et du crédit. Enfin, l'article 448 concerne les inscriptions de privilèges et hypothèques : nulles si elles ont été prises après le jugement déclaratif, elles sont annulables si, prises après la cessation des payements ou dans les dix jours qui précèdent, il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.

Ces règles nouvelles, qu'il convenait de rappeler, remplacent donc par une rétroactivité partielle la rétroactivité absolue du jugement déclaratif sous le régime de 1807, quant au dessaisissement général. Mais si elles restreignent le champ d'application du principe d'égalité et avantagent certains créanciers au détriment de la masse, c'est afin d'assurer la sécurité que réclament les tiers dans leurs opérations juridiques avec les commerçants.

3. — Aussi bien le système semble-t-il parfait, d'autant plus que la faillite peut s'ouvrir dès que le débiteur commence à ne plus exécuter ses engagements : la loi ne saurait intervenir auparavant pour imposer la distribution égalitaire.

Mais deux faits viennent fausser ce mécanisme et démentir les prévisions du législateur.

D'une part, les faillites sont ouvertes trop tardivement ; il n'est pas rare que plusieurs mois, plusieurs années même, s'écoulent entre le jour qui sera celui de la cessation des payements et la date du jugement déclaratif : le plus grand nombre des créanciers payés

par le débiteur au cours de cette longue période conserveront les deniers qu'ils ont perçus.

D'autre part, *et le mal est plus grave,* les commerçants cessent en général leurs payements longtemps après que l'équilibre entre l'actif et le passif a été rompu dans leur patrimoine ; ils transforment trop souvent en argent liquide tous les biens qu'ils possèdent, afin de faire face aux échéances difficiles ; ils ne s'abstiennent de payer leurs créanciers que lorsque la valeur de leur actif est devenue considérablement réduite ou pratiquement nulle parce qu'elle a été déjà, en fait et définitivement, distribuée entre les créanciers les plus diligents parmi les premiers en rang d'exigibilité.

C'est pourquoi le système français des faillites est loin d'être, malgré l'apparence, la sanction suffisamment parfaite du principe de l'égalité intégrale. La statistique fournit une justification éclatante de cette idée.

§. **II**. — *Les statistiques : faillites déclarées d'office ou à la requête des créanciers, clôtures pour insuffisance d'actif, procédures ayant donné de faibles dividendes.*

1. — Sur le premier point que nous avons signalé, à savoir le retard que les débiteurs apportent à avouer en justice leur état de cessation de payements et à réclamer l'ouverture de la voie collective, la statistique donne des renseignements suggestifs. *Le Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale* pour l'année 1911 indique que sur 9.327 procédures ouvertes, 2.940 sont des liquidations judiciaires, 6.049 des faillites et 338 des liquidations judi-

ciaires converties ultérieurement en faillites[1]. C'est dire que 30 %[2] des négociants en état de cessation de payements ont sollicité le traitement de faveur en déposant leur bilan au greffe dans les quinze jours de la fermeture de leur caisse, conformément à la loi du 4 mars 1889, article 2. C'est seulement dans ces espèces que la durée de la période suspecte est réduite au minimum, dans les autres, qui représentent 70 % des faillites et liquidations judiciaires réunies, cette période a été plus ou moins longue ; elle a permis au débiteur l'accomplissement de toute une série d'actes opposables à la masse et diminuant son gage, tels que des payements entre les mains des créanciers de bonne foi.

Mais à tout prendre, il n'y a là qu'une cause secondaire du phénomène qui fait de la faillite la sanction très imparfaite de la règle d'égalité envisagée dans toute son ampleur. D'ailleurs, la statistique ne peut fournir en la matière aucune indication quant à l'importance de la perte subie par les créanciers de la faillite à la suite d'un prolongement excessif de la période suspecte et du gain des créanciers désintéressés au cours de ce laps de temps par le débiteur.

2. — Plus utile est l'examen des chiffres du *Compte général* relatifs aux procédures *clôturées pour insuffisance d'actif*, c'est-à-dire dont les opérations

(1) C'est la dernière statistique *générale* publiée.

(2) En 1901 la proportion est sensiblement la même : 8.927 procédures ouvertes, 2.895 liquidations judiciaires. — Cf. Percerou (Thaller), *op. cit.*, I. p. 34, note 2 et p. 317. Le tribunal de commerce de la Seine se montre beaucoup plus sévère que les petits tribunaux dans l'octroi du bénéfice de la liquidation judiciaire (1901, 11, 5 % des procédures ouvertes, 1905 7 %) ; Percerou, p. 318, note 1.

sont arrêtées parce que les biens du failli ont une valeur inférieure au montant des frais : un jugement intervient alors qui rend aux créanciers l'exercice des actions individuelles[1]. En 1911, toujours sur 2.940 liquidations judiciaires, 845, soit 29 %, sont ainsi clôturées ; sur 6.387 faillites et liquidations judiciaires converties en faillite, 3.680, soit la proportion énorme de 57 %. Le nombre des clôtures pour insuffisance d'actif est par rapport au total des procédures comme 51 est à 100[2]. Dans plus de la moitié des hypothèses où intervient un jugement déclaratif, l'actif brut du débiteur a une valeur pratiquement nulle puisqu'il ne permet pas de payer les frais nécessaires pour parvenir au concordat ou à l'union[3].

Quelle est la cause d'une situation aussi précaire ? Sans doute, peut-on dire, malgré le silence de la statistique, que les très petites faillites forment une part des procédures dont il s'agit ; le débiteur, en ce cas, a toujours été à la tête d'un patrimoine insignifiant

---

(1) Art. 527 et 528, C. com., art. 24, loi 1889. C'est la loi de 1838 qui a organisé cette solution apparente de la faillite : le code de 1807 était muet au sujet de cette situation de fait fréquente en pratique (1817-1826 27 % des procédures).

(2) En 1901 : 43 %.

En 1911, *sur 8.831 faillites et liquidations judiciaires terminées* au cours de l'année, 1.633 l'ont été par concordat simple ou par abandon d'actif, 1.978 par liquidation de l'union, 467 à la suite de ce fait que le jugement déclaratif a été rapporté, 56 par jonction, *4.525 ont été clôturées pour insuffisance d'actif.*

(3) La loi du 26 janvier 1892, modifiant les lois du 24 mai 1834 et du 17 juillet 1856 (art. 541, dernier alinéa, C. com.), a réduit les droits d'enregistrement en matière de faillite et de liquidation judiciaire (Percerou Thaller), *op. cit.*, II. p. 720 et suiv.)

La loi du 28 mai 1838 stipule que l'avance des premiers frais sera faite par le Trésor (art. 461, C. com.) Il s'agit uniquement des frais du *jugement* déclaratif, d'affiche, d'insertion dans les journaux, d'apposition des scellés, d'arrestation et d'incarcération du failli. Percerou (Thaller) II. p. 318 et suiv.

dont l'actif souvent balance presque le passif, mais n'atteint pas le montant des frais. Sans doute aussi, le failli a pu dissimuler adroitement ses biens. Ce ne sont là cependant à la vérité que des raisons de deuxième rang. D'une part, en effet, les très petites « faillites » font rarement l'objet d'un jugement déclaratif ; les quelques créanciers intéressés préfèrent, soit perdre leurs droits minimes, soit recourir à une saisie mobilière suivie d'une contribution amiable s'il y a lieu. D'autre part, la dissimulation complète et efficace de tout un actif important est chose très difficile à réaliser. Il faut bien le dire, et les auteurs sont unanimes à ce sujet, la cause essentielle des insuffisances d'actif tient aux agissements du commerçant au cours de la période suspecte et surtout avant la cessation même de ses payements[1]. Au lieu d'avouer son état embarrassé dans les premiers temps de son insolvabilité et de solliciter l'ouverture de la voie collective tandis qu'il lui reste quelque bien, il s'emploie à cacher sa situation ; et non seulement il ne dépose point son bilan lorsqu'il en est venu à cesser ses payements, mais encore il s'efforce de reculer l'instant où la condition juridique du jugement déclaratif étant réalisée, il serait permis aux créanciers de saisir le tribunal. A cet effet, le débiteur prolonge sa vie commerciale ; insolvable, il transforme ses biens en argent

(1) Travaux préparatoires de la loi de 1838 ; rapport présenté au nom de la commission par M. Quenault député (séance du 17 mars 1838), n° 2 et 30, D. J. G.v° Faillite, n° 33, note 1. — Garsonnet, *De l'abolition de la contrainte par Corps*, p. 46 et suiv. — A. Sabatier, *Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif*, (Rev. critique de législ. et jurisprudence, 1874, p. 344 et suiv.) — Percerou (Thaller) I. p. 34, II. p. 551. — Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, n° 1193.

au fur et à mesure de ses besoins ; il paye les créanciers qui se présentent à l'échéance, jusqu'à l'épuisement complet de ses ressources. Tout son actif s'est fondu entre ses mains. Il n'a pas été le plus souvent dissipé en folles dépenses. S'il a servi à assurer la subsistance du débiteur et de sa famille pendant une longue période, il a été surtout utilisé à désintéresser les créanciers de dettes commerciales échues qui réclamaient leur payement.

Aussi bien, lorsque la faillite éclate, il ne reste plus aucune valeur à répartir ; la distribution de l'actif est déjà chose faite, c'est le débiteur lui-même qui l'a opérée. Elle a porté sur tous les biens du débiteur existants au jour de l'insolvabilité, elle n'a profité qu'à certains créanciers, les plus diligents parmi ceux dont les droits étaient exigibles, auxquels elle a donné un dividende de 100 %. Les créanciers négligents ou à terme n'ont contre les autres aucun recours, car les payements qui les lèsent se placent très généralement avant l'ouverture de la période suspecte.

Telle est bien aujourd'hui la situation dans la moitié des faillites. *Les jugements déclaratifs dans la proportion de un sur deux, loin d'être la mise en œuvre du principe d'égalité, confirment en quelque sorte la distribution anti-égalitaire des biens de l'insolvable, opérée par celui-ci, tandis qu'il n'avait point cessé ses payements.*

3. — Il y a plus. Des données statistiques relatives aux clôtures pour insuffisance d'actif, il faut rapprocher le nombre des procédures signalées au Compte général pour avoir produit, même par con-

cordat, des dividendes peu élevés[1]. En 1911, 3.808 faillites ou liquidations judiciaires présentant un actif à partager ont été terminées par union, concordat simple ou concordat par abandon d'actif ; 1.029 ont fourni un dividende réellement touché ou simplement convenu inférieur à 10 %, ce qui représente les vingt-sept centièmes du nombre des procédures avec actif ; 1.027 un dividende de 10 à 25 %. Si on laisse de côté ces dernières et si l'on ajoute les premières aux faillites et liquidations judiciaires clôturées pour insuffisance d'actif, on constate que sur 8.831 procédures terminées par un mode quelconque, 5.554 ont donné un produit nul ou un dividende dérisoire compris entre 0 et 10 % ; or, 5.554 est à 8.831, comme 64 est à 100 ![2].

(1) Les dividendes peu élevés s'expliquent évidemment de la même manière que les insuffisances d'actif : le débiteur a prolongé outre mesure sa vie commerciale ; il a en d'autres termes fait servir son actif déjà déficitaire à l'acquittement des obligations échues et reculé ainsi le moment où, cessant de payer les créanciers, il a pu être déclaré en faillite. Très rares en effet sont les évènements soudains : naufrages, incendies, etc., qui détruisent entièrement ou presque une fortune. Le déséquilibre dans les patrimoines des commerçants naît et s'aggrave peu à peu, parceque chaque mois les sommes versées l'emportent sur les valeurs reçues. Il devient considérable le plus souvent parceque le commerçant a cessé ses payements longtemps après l'époque ou il est devenu insolvable. Du moins en est-il ainsi dans les périodes de stabilité économique, alors que le cours des marchandises varie peu. La période 1901-1911 dont nous avons donné les résultats statistiques, répond à cette condition.

(2) Les tableaux du *Compte Général* indiquent les nombres relatifs aux faillites à part de ceux concernant les liquidations judiciaires (pour lesquelles la situation est un peu meilleure). Les nombres des proportions qui figurent au texte ont été déterminées par notre calcul, à partir des nombres directement fournis par le *Compte général*.

Le calcul montre pour 1911 que sur 100 faillites ou liquidations judiciaires, 51 sont clôturées pour insuffisance d'actif, 13 donnent un dividende promis ou payé de 0 à 10 %, 10 un dividende de 10 à 25 %, 19 un dividende de 25 à 99 %, 1 un dividende de 100 %, plus souvent promis que payé. (Les 6 procédures restantes sont terminées par jonction, ou parceque le jugement déclaratif a été rapporté).

Les résultats statistiques des 10 années précédentes sont analogues.

Ces chiffres suffisent à notre démonstration. Ils nous permettent d'affirmer, que des deux règles qui dominent le régime français des insolvabilités commerciales, à savoir la règle d'égalité à partir du jugement déclaratif de faillite et la règle de la validité des payements antérieurs à la période suspecte, la deuxième est la plus puissante. Il en est ainsi parce que la voie collective s'ouvre trop tard après la naissance de l'insolvabilité, et plus exactement parce que les débiteurs insolvables ne cessent en général leurs payements que lorsqu'ils sont parvenus à l'extrême limite de leurs ressources. Le système français des faillites apparaît donc bien une sanction très insuffisante du principe d'égalité considérée dans toute son ampleur.

Mais il reste à savoir si le législateur ne peut apporter un remède à ce vice particulièrement fâcheux.

SECTION II.

Point de vue législatif ; d'une procédure collective qui tendrait à assurer l'égalité entre les créanciers chirographaires non encore payés au jour de l'insolvabilité.

Compliqué est le problème législatif particulier qui retient notre attention. Il ne sera pas inutile de rassembler quelques principes, avant de rechercher directement la solution qu'il comporterait en Droit commercial comme en Droit civil.

§. I. - *Principes : les facheux effets de la vertu comminatoire inhérente à la perspective de la faillite ; les tentatives législatives, leur échec ; idée générale d'une solution.*

1. — Ainsi donc, dans la plupart des hypothèses où le tribunal rend un jugement déclaratif, le com-

merçant n'a suspendu l'acquittement de ses obligations échues que lorsqu'il a, par ses payements opérés depuis son insolvabilité, considérablement diminué ou même détruit son actif. Sur cette idée essentielle, il importe de revenir ; il convient de la préciser.

On n'aperçoit point tout le mécanisme de la faillite si l'on n'observe qu'entre le moment où le déséquilibre a commencé dans son patrimoine et le jour où ses biens seraient consumés entièrement, *le débiteur*, sauf en des circonstances anormales, *reste le maître de l'heure à laquelle il cessera ses payements*. Aussi longtemps qu'il détient quelque valeur disponible, il peut par vente, hypothèque ou nantissement se procurer l'argent liquide nécessaire à éteindre chacune de ses dettes anciennes ou nouvelles au fur et à mesure de leur exigibilité. Qu'importe alors qu'aux yeux du juge la cessation des payements s'analyse en une simple inexécution caractérisée, si dans la réalité des choses elle se trouve être : une *insolvabilité dont le degré dépend de la volonté du débiteur*. Car c'est lui et non la loi qui détermine la date des premiers effets du jugement déclaratif ; c'est lui qui fixe dans quelle mesure les règles de la voie collective seront la sanction du principe d'égalité : il a même le pouvoir de les rendre complètement inutiles, s'il fait face à ses échéances aussi longtemps qu'il lui restera quelque bien dans les mains. Le commerçant insolvable a le choix en définitive entre deux modes de liquidation de son patrimoine, l'une : individuelle, privée, anti-égalitaire, l'autre : judiciaire et collective ; il adopte très fréquemment la première et s'il se résout à la seconde, il a presque toujours usé de l'autre déjà. *Pour lui la faillite est facultative*, car l'on ne

peut donner le nom de faillite, pris dans le sens de procédure de distribution, à celle que le tribunal clôture pour cause d'insuffisance d'actif ; c'est cette dernière et seule sorte de faillite que le débiteur n'a point la faculté d'éviter.

En insistant sur ces points, nous voulons marquer l'impuissance du législateur à agir directement. L'insolvabilité est un état secret ; la justice ne saurait intervenir pour déclancher la procédure collective, tandis que le commerçant paye ses créanciers[1]. Le Code irait-il jusqu'à l'extrême limite, déciderait-il — sans avoir égard à des situations exceptionnelles dues à une crise subite et passagère atteignant le négoce ou le négociant — que la condition judiciaire de la faillite est l'inexécution pure et simple d'un seul engagement, prendrait-il des mesures pour que le jugement déclaratif soit rendu au moment même de cette inexécution, il n'empêcherait pas moins les commerçants insolvables d'écarter l'application du principe d'égalité ; le manquement à une échéance, qui ne suppose pas en soi un actif inférieur au passif, deviendrait en fait, dans un très grand nombre d'hypothèses, encore la disparition totale de l'actif. Il ne sert de rien de prévoir l'ouverture de la faillite à la première inexécution, si les débiteurs reculent celle-ci jusqu'au jour où toute la valeur de leur patrimoine est passée aux mains des créanciers premiers en rang d'échéance, souvent postérieurs à l'insolvabilité.

---

(1) Travaux préparatoires, de la loi du 4 mars 1889, *Rapport de M. Laroze* du 16 février 1884 (D. 1889. 4. 9. note 2, II) : « La loi ne peut en effet envisager ces liquidations qu'au moment où la vie commerciale du débiteur a cessé ».

2. — Indirecte, par conséquent, sera l'action du législateur : il incitera l'obligé à cesser ses payements en temps utile.

Par quelles mesures ? Afin de répondre, il faut connaître exactement le mobile qui pousse les commerçants à retarder l'arrêt de leur vie commerciale : la loi devra en combattre les effets pernicieux.

Ce mobile est *la peur de la faillite*. Nous retrouvons ici la vertu comminatoire attachée naturellement à la perspective du jugement déclaratif. Nous en avions signalé les conséquences heureuses : elle fait payer le commerçant solvable et tient la place d'une épreuve de solvabilité. Mais son œuvre s'étend aux débiteurs dont le passif dépasse l'actif ; son pouvoir coercitif énergique devient alors fâcheux. La peur de la faillite conduit les commerçants obérés à payer leurs créanciers jusqu'à l'extrême limite de leurs ressources, grâce à la réalisation privée, par fractions, de leur patrimoine tout entier[1].

Mais, dira-t-on, en reculant ainsi l'époque d'une cessation des payements fatale semble-t-il, l'obligé n'agit-il pas à l'encontre de son intérêt bien compris ? S'il suspend l'acquittement de ses dettes avant

---

(1) M. Alfred Laroze, dans son rapport précité (Travaux préparatoires, loi de 1889, D. 1889. 4. 9, note 2. II) exprime la même idée mais, à notre sens, d'une manière incomplète. « .....Si le problème d'une bonne loi des faillites s'est posé partout, il ne paraît pas qu'il ait été heureusement et définitivement résolu nulle part. Il faut chercher la cause de ces variations et de cette impuissance dans la *nature humaine elle-même*. Partout il est de règle que le marchand doit montrer la plus grande exactitude dans l'acquittement de ses dettes ; un retard d'un jour ruine son crédit. Partout enfin..... une note d'infamie s'attache à celui qui ne fait fait pas honneur à ses engagements. Il est donc naturel de penser que celui qui se voit sur le point d'encourir ces lourdes responsabilités morales et matérielles *fera les plus énergiques efforts pour s'y soustraire et retarder le moment de la catastrophe* ».

une trop grande diminution de l'actif, est-ce qu'il n'augmente pas ses chances d'obtenir de ses créanciers un concordat ? Sans doute, et telle serait bien souvent la solution raisonnable, mais les commerçants ne la recherchent en pratique que lorsque leur insolvabilité naissante est peu marquée. Alors ils sont presque assurés que la liquidation judiciaire qu'ils sollicitent, après avoir cessé leurs payements à la suite d'un acte de leur volonté clairvoyante, se terminera par un concordat heureux, octroyant larges remises ou longs délais et faisant, à tout prendre, du jugement déclaratif une excellente affaire[1]. La procédure collective, au lieu d'être un mal, devient en l'occurrence pour le débiteur un remède commode contre l'insolvabilité, un moyen pratique de consolider une entreprise chancelante. Les commerçants gênés ont cependant rarement l'audace de l'employer. Pareille combinaison suppose un déséquilibre encore léger. Or les négociants en cette situation, détenant un actif considérable pensent presque toujours qu'ils franchiront le mauvais pas sans appeler leurs créanciers à leur secours. Prenant sur cet actif déjà déficitaire, ils payent ceux qui se présentent, concluent de nouveaux marchés, empruntent au besoin et attendent l'heure, qu'ils croient prochaine, de leur relèvement. Souvent, en effet, ils parviennent à sortir de leur embarras et recouvrent leur pleine solvabilité.

Plus généralement le déséquilibre s'aggrave ; alors la procédure collective et la cessation des payements

(1) Il y a dans ce calcul de la part des commerçants une des causes des forts dividendes que la statistique rapporte et l'explication la plus plausible des faillites et liquidations judiciaires solvables (concordats de 100 % à terme) que la pratique connait.

perdent l'attrait que nous avons signalé. Un concordat n'est plus certain ; sera-t-il d'ailleurs avantageux si les créanciers le votent ? Le débiteur court le risque de l'*union*. Il s'effraye à l'idée que tous ses biens seront vendus, y compris son fonds de commerce et qu'il aura perdu sa situation professionnelle. Il préfère gagner du temps. Si l'époque fatale, tout l'actif ayant disparu, doit arriver, le jugement déclaratif ne le traitera pas plus mal que si ses biens existaient encore.

Et, d'ailleurs, à la veille même de la ruine complète, le commerçant n'a pas souvent conscience de l'imminence et de la certitude de la catastrophe. *Le débiteur comme le malade espère toujours.* Abattu par le sort, il se confie au hasard. La clientèle qui le délaisse ne saurait tarder à venir. L'affaire nouvelle qu'il entreprend doit lui rapporter de gros bénéfices. Il détient un petit stock de marchandises, une hausse est certes prochaine ; quelles belles différences ne réalisera-t-il pas ? Avec cette somme, il se livrera à d'autres opérations, il gagnera encore et toujours jusqu'au moment où, redevenu solvable, il se félicitera d'avoir su tirer parti de son actif pour traverser le temps critique. Plus il est près de la ruine, plus il espère ; il vit au milieu d'illusions, échafaude rêves sur rêves et va comme Perrette avec son pot au lait. En prenant pour devise : durer, *le débiteur n'agit pas dans l'intention de retarder sa faillite*, selon les termes de l'article 585 ; il marche vers l'avenir entraîné par le fol désir d'éviter à jamais la cessation des payements. Et c'est pourquoi à chaque terme, et jusqu'à la dernière miette de son actif, il fera honneur à sa signature ; c'est pourquoi *à chaque échéance, la menace*

de la faillite produit l'effet d'une voie d'exécution individuelle au profit du créancier qui réclame son dû[1].

3. — C'est cet état d'esprit du débiteur que la loi doit tâcher de combattre. Il faut qu'elle incite l'obligé à arrêter sa vie commerciale dans un temps aussi rapproché que possible du jour où l'insolvabilité a pris naissance.

Aussi bien, pousser le commerçant à déclarer en justice la cessation de payements, lorsqu'elle s'est réalisée, ce n'est pas résoudre le problème. L'échec presque complet de la loi du 4 mars 1889 le démontre avec éloquence. L'obtention de la procédure de faveur, la liquidation judiciaire, est somme toute subordonnée à l'accomplissement d'une simple formalité de la part du débiteur : le dépôt de son bilan au greffe, dans les quinze jours d'une cessation des payements qu'il a retardée de bonne foi le plus longtemps qu'il a pu[2]. De même ont été inefficaces les dispositions des arti-

(1) Il semblerait donc que la cessation des payements ne puisse jamais avoir lieu avant que tous les biens du débiteur aient été vendus par lui ou grevés de droits réels pour leur pleine valeur. Nous avons déjà expliqué les dividendes élevés, reste à marquer la raison des dividendes moyens, ceux de 25 à 75 % par exemple. On peut affirmer que les procédures dans lesquelles ils se rencontrent sont *en général* des faillites ou liquidations judiciaires *accidentelles* : en présence d'échéances multiples se succédant à bref délai, le temps a manqué au commerçant pour réaliser de nouvelles ventes, ou contracter de nouveaux emprunts, ou bien, traversant une période de crise générale, il n'a pu trouver acheteur de ses marchandises et de ses immeubles, d'où l'arrêt *forcé* de ses payements avant la consommation de l'actif.

(2) Le seul effet heureux de la loi de 1889 a été d'augmenter très sensiblement le nombre des procédures volontaires (faillites sur dépôt de bilan, liquidations judiciaires). Avant la loi, en 1881 la proportion des faillites ouvertes à la requête du débiteur était de 36 %. En 1897-1899 le total des liquidations judiciaires et des faillites sur dépôt de bilan représente 47 % des procédures ouvertes ; en 1901 48 % ; en 1911 50 %. Mais tandis qu'en 1881-1882 42 % des procédures sont clôturées pour cause d'insuffisance d'actif, 51 % le sont en 1911 pour la même raison !

cles 438, 1er alinéa et 586-4°, C. com., qui obligent le débiteur sous la menace de la banqueroute simple facultative à faire déclaration de son état dans le même délai[1].

Il est vrai que les tribunaux tiennent de la loi de 1889 un large pouvoir d'appréciation et que le bénéfice de la liquidation judiciaire peut être refusée au commerçant imprudent, lorsqu'il n'y a pas concordat, à celui par exemple qui a prolongé outre mesure sa vie commerciale[2].

Il est vrai encore que l'article 585-3°, C. com., punit de la banqueroute simple obligatoire le failli qui dans l'intention de retarder sa faillite a fait des achats pour revendre au-dessous du cours, ou, dans la même intention, s'est livré à des emprunts, circulation d'effets ou au autres moyens ruineux de se procurer des fonds. Il semblerait donc bien que pour obtenir la liquidation judiciaire et échapper à la banqueroute, le commerçant ait un intérêt évident à se résoudre à la cessation des payements avant une diminution trop considérable de son actif. En réalité, cet intérêt n'existe pas, car d'une part, les tribunaux se montrent en général très enclins à accorder largement la procédure de faveur[3], et car, d'autre part, l'article 585-4° ne jouant que dans les seules hypothè-

(1) Ce délai était de 3 jours avant la loi du 4 mars 1889 qui l'a porté à 15 jours (art. 23). En pratique d'ailleurs, le texte est toujours resté lettre morte.

(2) Il est d'usage au tribunal de commerce de la Seine de convertir en faillites les liquidations judiciaires qui ne payent pas les frais et de les clôturer pour insuffisance d'actif. Percerou (Thaller), II, p. 389, note 2.

(3) C'est ainsi que la statistique (1911) permet de dire que 29 % des liquidations judiciaires (non compris celles converties en faillites) sont clôturées pour insuffisance d'actif.

ses prévues à son texte n'atteint pas le débiteur insolvable qui a liquidé lentement et normalement son actif pour payer les créanciers de dettes échues[1].

On pourrait songer à aggraver sérieusement la faillite lorsque le degré d'insolvabilité atteindrait un certain taux, lorsque par exemple, l'actif serait nul ou le dividende inférieur à 25%. En faveur d'un pareil système, on trouverait argument dans les heureuses conséquences de la loi de 1838, jusqu'en 1867 date de la suppression de la contrainte par corps en matière commerciale. Le Code de 1807 n'organisait point la clôture pour cause d'insuffisance d'actif, l'article 527 nouveau stipule que le tribunal pourra en ce cas rendre un jugement qui « fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli. » Celui-ci redevenait contraignable par corps. Le législateur avait pensé que la perspective de l'emprisonnement aurait pour effet d'inciter le commerçant à cesser ses payements avant d'avoir laissé se consommer sa ruine complète. Et de fait la proportion des insuffisances d'actif, qui était en 1817-1826 de 27%, tomba à 21% dans la période 1841-1847 et à 19% dans l'intervalle 1848-1853. La loi du 22 juillet 1867 eut des conséquences qu'il est permis à cet égard de qualifier de désastreuses : dans les années qui suivirent, le nombre des clôtures pour insuffisance d'actif ne cessa

(1) D'une manière générale les textes relatifs à la banqueroute sont peu souvent appliqués. La *statistique criminelle* (Rapport du Compte général de 1910) donne les nombres moyens annuels des condamnations pour *banqueroute simple*, ainsi qu'il suit : 1896-1900 : 814 ; 1901-1905 : 582 ; 1907 : 552 ; 1910 : 642. Or en 1910 il a été réglé 8.706 faillites ou liquidations judiciaires, dont la moitié a été clôturée pour insuffisance d'actif et un quart a fourni des dividendes inférieurs à 26%.

de croître pour atteindre en 1884 les quarante-six centièmes des procédures[1].

Cependant la solution qui consisterait à rétablir la contrainte par corps[2] ou, mieux, à faire un délit de l'insuffisance d'actif[3] n'assurerait guère, il faut bien le dire, une distribution plus équitable des biens du failli envisagés au jour de l'insolvabilité. Le débiteur resterait encore libre de cesser ses payements à l'heure qui lui plaît. Tout ce que l'on obtiendrait, c'est la mise en réserve par le commerçant d'une valeur égale aux frais, ou l'intervention de sa famille pour éviter la clôture prématurée et arracher l'obligé à l'emprisonnement[4].

4. — Plus certaine serait l'influence d'un texte de loi, si celui-ci punissait de la banqueroute simple obligatoire le fait par lequel le négociant, en pleine connaissance de son insolvabilité, aurait employé son

(1) Percerou (Thaller), I. p. 34. texte, et p. 35, note 1. — Garsonnet, *De l'abolition de la contrainte par corps*, op. cit.

(2) Le rétablissement pur et simple de la contrainte par corps peut être envisagé également en liaison avec l'aveu de la cessation des payements et les moyens de le provoquer. Avant 1807, les faillites sur dépôt de bilan étaient très nombreuses (de 1841 à 1845, 59% des procédures) : le débiteur sollicitait l'ouverture de la voie collective pour échapper à la contrainte par corps. Mais résulterait-il d'un retour au système antérieur une amélioration du régime des faillites au regard du principe d'égalité intégrale ? Nous ne le pensons pas. La contrainte par corps suppose l'inexécution d'au moins un engagement, elle ne saurait donc atteindre le commerçant qui paye ponctuellement ses dettes échues, fusse avec les débris de son actif. La perspective de l'emprisonnement, au cas de cessation de payements, contribue à renforcer chez le débiteur le désir de prolonger sa vie commerciale et de tout tenter afin de rétablir sa situation.

(3) A. Sabatier, *Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif*, (Rev. crit. de législation et jurisp. 1874, p. 344 et suiv.)

(4) La loi de 1838 (art. 527 nouveau, in fine) ménage même un délai à cet effet, en suspendant pendant un mois, à partir de sa date, l'exécution du jugement de clôture pour insuffisance d'actif.

actif non liquide, mais par lui transformé en argent, à l'exécution de ses engagements échus, du moins lorsque la déperdition résultant de son attitude atteindrait un certain taux : la moitié ou les deux tiers par exemple de la valeur de ses biens au jour de l'évènement qui a produit le déséquilibre dans son patrimoine[1]. Sur l'efficacité de ces mesures, il ne faut cependant se faire aucune illusion : une telle rigueur dans la faillite n'inciterait que très imparfaitement les débiteurs à cesser leurs payements en temps utile. L'action de la loi serait trop indirecte sur leur esprit. Que l'on aperçoive bien en effet que *la banqueroute même obligatoire reste toujours conditionnelle* : elle suppose un jugement déclaratif et la cessation des payements. Or, nous l'avons dit, le débiteur espère

(1) Exemple ; l'actif d'un négociant qui était de 150 (passif 100) tombe à 90, par l'effet d'un incendie ou d'une baisse importante sur son stock de marchandises ; il encourra la banqueroute, ayant fait faillite, s'il a cessé ses payements seulement après l'époque où son actif est devenu inférieur à 45 ou 60. Un pareil système rappelle celui organisé par l'article 586 ancien, 3° et 4°, qui menaçait de la banqueroute simple (poursuite obligatoire pour le Parquet, condamnation par le tribunal facultative) le commerçant failli, « s'il résulte de son dernier inventaire que son actif étant de 50 % au-dessous de son passif il a fait des emprunts considérables, et s'il a revendu des marchandises à perte ou au-dessous du cours » ou « s'il a donné des signatures de crédit ou de circulation pour une somme triple de son actif selon son dernier inventaire ». Ce texte ne visait que des causes particulièrement graves et assez rares de la déperdition de l'actif, non la principale : la simple prolongation de la vie commerciale normale alors que le débiteur est insolvable et le sait.

La solution proposée au texte aboutit en définitive à la création d'une sorte *d'action paulienne pénale* participant de la nature collective de la faillite et dont le domaine d'application comprendrait les payements ; le failli est déclaré banqueroutier, lorsque en connaissance de cause (la fraude), il prend sur son actif déficitaire pour payer intégralement des créanciers, au détriment de la *masse* des autres qui toucheront à la liquidation moins (le préjudice) qu'ils auraient perçu si les premiers en rang d'échéance n'avaient pas été désintéressés. L'action ne réagit pas (civilement) contre les tiers (les créanciers payés) même *conscii fraudis*. On se souvient que l'action paulienne fut à son origine, à Rome, une action pénale (dirigée il est vrai contre les tiers).

son relèvement, alors même que sa situation est irrémédiablement compromise ; il continue le service de ses échéances, en prenant sur l'actif, avec l'idée qu'il parviendra à franchir le temps de la crise sans encombre et qu'il évitera *à jamais* l'inexécution de ses dettes. Ne croyant pas à la faillite, la banqueroute ne l'effraye pas. On objectera sans doute qu'il est des débiteurs de sang-froid. Ceux-là se rendent un compte exact de leur situation ; ils savent combien incertaine est la lutte contre une insolvabilité déjà très marquée qui s'aggrave de jour en jour ; ils auraient conscience, semble-t-il, du risque pénal de la faillite tardive. Mais est-ce à dire qu'ils se résoudront souvent à la faillite immédiate ? Non point ! Cette faillite sans pénalité, très dure déjà puisqu'elle peut conduire à l'union et à la perte de la situation professionnelle, constitue un danger actuel et certain, tandis que l'autre et sa rigueur restent hypothétiques et subordonnées à une cessation de payements qui, en dépit des apparences, ne surviendra peut-être jamais. Combien de commerçants insolvables n'hésiteraient pas à courir sciemment le risque pour écarter le danger présent !

La solution envisagée est donc insuffisante et la raison en est qu'elle ne supprime pas en même temps la vertu comminatoire de la faillite ou de la liquidation judiciaire : la peur de la cessation des payements et du jugement déclaratif immédiat l'emporte sur la crainte d'une faillite aggravée mais conditionnelle ou du moins lointaine, dans l'esprit du débiteur[1].

(1) La loi qui punirait d'une peine correctionnelle ou même criminelle les consommations d'actif à partir du jour où le commerçant a pu avoir connaissance de son insolvabilité, n'aurait de résultat sensible qu'à une

Tout change si l'on assure au commmerçant le bénéfice d'une *procédure très adoucie et au surplus des avantages positifs considérables, lorsque, cessant ses payements dans un temps peu éloigné de la naissance de son insolvabilité, il dépose son bilan aussitôt.*

Et tel est bien à notre sens le principe fondamental et la nouvelle évolution législative nécessaire, peut-être même suffisante, en tout cas le complément obligé de cette banqueroute au domaine élargi que nous venons de décrire et d'apprécier. L'esquisse, dans ses traits les plus généraux, de la réforme préconisée commande des développements particuliers, au cours desquels apparaîtra mieux encore toute la complexité du problème.

§. **II**. — *Esquisse d'une procédure de faillite, sanction meilleure de la règle d'égalité.*

L'idée que nous venons de soutenir fait penser aussitôt aux systèmes de *concordats préventifs* et au *règlement transactionnel.* Or, l'expérience française des trois dernières années semble bien condamner une pareille solution. La loi du 2 juillet 1919 relative

---

seule condition. Il faudrait que la marge laissée au débiteur soit très grande et qu'il soit autorisé (sauf le cas prévu à l'art. 589-3°) à assurer la continuation de sa vie commerciale normale par la diminution de son actif jusqu'au quart par exemple. (Ainsi échapperait à toute poursuite le débiteur d'un passif de 100, titulaire d'un actif tombé à 80 au premier jour de l'insolvabilité, qui cesserait ses payements au plus tard lorsque cet actif serait réduit à 20). En effet, parvenu à un état aussi obéré, le débiteur commence a sentir réellement l'imminence et la probabilité de la faillite. On peut escompter qu'il choisira souvent la procédure immédiate, douce *relativement*, à la procédure redoutable de la faillite retardée.

De la sorte on évitera peut-être en partie les clôtures pour insuffisance d'actif et les très petits dividendes. Mais qui en tirera bénéfice ? Les créanciers ? non pas ; les hommes d'affaires et le Trésor. Ce n'est donc point par ce moyen, comme nous le disons au texte, que le respect du principe d'égalité sera assuré.

à l'institution d'un règlement transactionnel, pour cause générale de guerre, entre les commerçants et leurs créanciers, votée pour une période d'expérimentation, devait, dans la pensée du législateur, devenir définitive si elle produisait d'heureux résultats[1]. La pratique révéla, au contraire, les nombreux inconvénients du nouveau régime dont les débiteurs peu scrupuleux surent tirer trop facilement parti. Aussi l'expiration du délai pendant lequel le règlement transactionnel pouvait être sollicité ne fut pas regretté dans le monde du commerce français[2]. Une loi instituant à titre définitif un système analogue au profit des débiteurs dits malheureux et de bonne foi y serait certainement mal accueillie.

Il n'est pas dans notre intention de faire une étude des raisons pour lesquelles l'échec de la loi du 2 juillet 1919 a été aussi net[3]. Nous marquerons cependant les deux graves reproches que l'on a, à cette occasion, justement adressés au législateur, car nous pensons qu'une procédure plus adoucie encore que le règlement transactionnel pourrait être légitimement proposée, si elle évitait ces deux écueils.

1. — La loi de 1919 est d'abord trop large en ce

(1) Rapport Decroze, *J. Off.* 1919, Doc. parl. Chambre, annexes, n° 5628, p. 484. L'article 1er fixe la durée de la période d'expérimentation : « A dater de la promulgation de la présente loi et jusqu'à l'expiration des trois années qui suivront la ratification du traité de paix ».

(2) La loi du 28 avril 1922 est venue, à la demande du monde des affaires, modifier la loi du 2 juillet 1919, et a décidé, notamment, que désormais le règlement sollicité par le débiteur ne pourrait comporter aucune réduction sur le chiffre des créances. La concession de délais est seule possible ; ils ne devront pas dépasser cinq ans.

(3) Voy. Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, 2e édition 1921, t. II, p. 564.

qui touche les conditions que doit remplir le commerçant pour pouvoir obtenir le bénéfice qu'elle institue. Elle s'applique, en effet, à tous les négociants qui, dans le délai de trois ans à compter de la ratification du traité de paix, ne font plus face à leurs engagements, que leur gêne soit ou non une conséquence de la guerre et quel que soit l'état d'usure de leur actif. Le débiteur n'est même pas tenu de présenter sa requête dans un délai fatal depuis le jour de l'arrêt des payements. A l'inverse pleine liberté est laissée au tribunal pour refuser le bénéfice de la loi et aux créanciers pour refuser le projet de règlement qui comporte une réduction du chiffre des créances[1].

Plus grave peut-être était l'absence de publicité[2]. Le débiteur fournit la liste de ses créanciers ; le jugement qui admet au bénéfice de la procédure et emporte une sorte de dessaisissement partiel reste inconnu des intéressés ; mais les tiers de bonne foi qui contracteront avec l'obligé sont soumis au régime de la période suspecte[3].

2. — Ces observations préliminaires exposées, revenons au principe que nous avions adopté et à la nécessité d'une procédure très attrayante afin d'amener les commerçants insolvables à cesser leurs payements sans tarder. Il ne s'agit donc point d'une loi humanitaire, favorable aux débiteurs malheureux et

(1) Si le commerçant ne sollicite que des délais, le tribunal, en cas d'opposition de la part des créanciers, fixe la longueur des délais selon son sentiment.

(2) La loi du 28 avril 1922 a rendu cette absence de publicité un peu moins complète.

(3) Travaux préparatoires ; déclaration de M. le Garde des Sceaux, D. 1919. 4. 313, note 4 (3).

destinée à les affranchir des rigueurs de la faillite ou de la liquidation judiciaire. Il n'est question, au contraire, que de l'intérêt des créanciers et des moyens utiles à mettre en action la règle d'égalité intégrale à partir du jour où l'actif s'est trouvé inférieur au passif. La procédure tout entière doit être organisée en vue de ce résultat ; les avantages accordés à l'obligé procéderont de cette idée unique et centrale.

Nous avons dit que l'insolvable se trouvait en présence de deux partis : ou cesser ses payements, ou entreprendre une lutte contre l'insolvabilité et assurer par conséquent sa vie commerciale pendant une première période qu'il espère courte, au moyen de prélèvements sur l'actif. Cette lutte peut parfaitement rétablir la situation du débiteur, en tout cas celui-ci le croit facilement. En lui demandant d'arrêter l'exécution de ses obligations, *on réclame de sa part un sacrifice*. Il faut qu'il en retrouve la contre-partie dans les solutions de la procédure qu'on lui propose, et que par suite les créanciers fassent un sacrifice correspondant. Il convient, en un mot, que la cessation des payements, dans les conditions spéciales prévues par loi nouvelle, apparaisse toujours préférable à la lutte contre la pénurie, qu'elle soit en d'autres termes un *remède direct, immédiat et efficace contre cette insolvabilité*. Or, elle aura ce caractère si elle conduit *nécessairement* à un concordat éminemment avantageux.

Un exemple est ici à sa place. A la suite d'évènements fortuits l'actif d'un commerçant tombe à une valeur qui ne représente plus que les 80 % de son passif. En l'état actuel de la législation, le débiteur continuerait à faire face à ses échéances et — *s'il n'a*

pu rétablir l'équilibre — cesserait ses payements lorsque l'actif serait tombé aux 20 % du passif ou même aurait complètement disparu. Mais il est évident qu'un concordat, octroyant au débiteur une remise de plus de 30 % — comme si le taux du déséquilibre initial était 70 % — et des délais pour l'acquittement de ses obligations est, pour lui une bonne affaire. Du coup, sa situation commerciale se trouve consolidée ; il obtient immédiatement et sûrement plus que la lutte contre l'insolvabilité aurait pu lui donner en cas de succès. Aux regards de l'*ensemble des créanciers* la même opération est excellente. Elle les met sur le pied d'égalité et fait obstacle aux payements selon le rang d'échéance. Au surplus elle interdit toute réalisation hâtive et nécessairement onéreuse de l'actif. L'intérêt des créanciers veut donc qu'ils *achètent* la cessation immédiate des payements de la part du débiteur et qu'ils offrent à celui-ci des avantages pécuniaires tels qu'il renoncera à prolonger sa vie commerciale. Mais quels seront ces avantages ? A quelles conditions seront-ils accordés ? A la suite de quelle procédure ? Autant de questions auxquelles nous allons essayer de répondre brièvement.

3. — Il faut, en principe, promettre au commerçant considéré un concordat que la loi imposerait aux créanciers, libre à eux de traiter sur des bases plus favorables au débiteur. Les créances seraient toutes ramenées à un chiffre correspondant aux huit ou neuf dixièmes de la valeur de l'actif déterminée par experts et chaque terme serait prolongé de six mois ou d'un an. Ainsi, lorsque le passif nominal total est de 100, l'actif réel de 80, les droits des créanciers ne s'exer-

ceront plus que jusqu'à concurrence des neuf dixièmes de 80, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de 72, et au prorata de la valeur nominale de chaque créance qui, de plus, voit son échéance reportée de six mois[1]. Une dette de 1.000 francs exigible le 31 mars 1925, le serait désormais seulement le 30 septembre, réduite à 720 francs.

On pourra estimer que la loi ne saurait imposer un pareil concordat aux créanciers, en tout état de cause. Parfois, l'affaire du débiteur est mauvaise, sans aucune chance d'avenir ; dans l'intérêt de tous, il vaudrait mieux liquider et distribuer l'actif. Admet-on la justesse de ces observations — et il est difficile de ne point le faire — quelle sera dans cette hypothèse la *prime* accordée à l'obligé ? Une fraction de l'actif franc et quitte de toute dette, le cinquième au moins, et le droit pour le négociant de se porter adjudicataire aux diverses ventes jusqu'à concurrence de la valeur qui lui revient[2]. Les créanciers auraient le choix entre cette solution et le concordat. Cependant le tribunal serait autorisé à ordonner une expertise, à la demande du débiteur, aux fins de déterminer les perspectives d'avenir commercial de son affaire, et à refuser d'homologuer, au cas d'une expertise favorable à la continuation du commerce, la décision contraire des créanciers.

---

(1) Il va de soi que nous ne donnons ces taux de réduction et de prolongation d'échéance qu'à titre de simple indication. L'expérience seule permettrait de les fixer utilement. Si l'on accepte les nôtres, la valeur nouvelle de chaque créance sera $\frac{9\ C\ A}{10\ P}$, si dans cette formule C représente la valeur nominale de la créance, A l'actif réel total, P le passif nominal total.

(2) Dans l'hypothèse de la liquidation, la valeur de chaque créance serait réduite pour tenir compte du temps qui reste à courir avant la date de son échéance, contrairement au système légal actuel qui en matière de faillite supprime l'effet du terme sans escompte.

On comprend que les conditions auxquelles de tels avantages positifs viendraient payer le commerçant fermant volontairement sa caisse, doivent être strictement et minutieusement énumérées dans la loi. A côté de conditions accessoires : une parfaite honorabilité et moralité, des livres tenus d'une manière irréprochable, la déclaration au greffe de l'arrêt des payements dans les quarante-huit heures, etc., figure la condition essentielle. Il faut que le débiteur ayant eu ou ayant pu avoir connaissance de son insolvabilité, ait cessé d'acquitter toutes ses obligations, aussitôt que, pour faire face à une échéance, il eut dû prendre dans ses réserves d'argent liquide, ou réaliser une portion de son actif, ou encore contracter un emprunt. La vente et l'achat de marchandises au cours normal lui restent permis. Tout acte à titre gratuit lui est désormais interdit. Dans ce système, l'insolvable conserve ses droits à la procédure très adoucie et à la prime, s'il continue à payer ses créanciers au moyen des seules sommes qu'il touche de ses propres débiteurs, depuis son insolvabilité. Normale, en effet, est alors la prolongation de sa vie commerciale ; ce serait peut-être beaucoup lui demander d'y renoncer : le commerçant n'est pas encore à proprement parler dans l'embarras. Ce qu'il importe surtout, c'est de sauvegarder les réserves pécuniaires de l'obligé, au profit des créanciers à terme[1]. Le but est atteint s'il cesse

(1) Par application de ce principe, perdrait tout droit à la procédure de faveur l'insolvable qui, débiteur de 100 payables le 1er mars et créancier de 500 au 1er avril, prendrait sur son patrimoine « cristallisé » le 1er mars pour faire face à l'échéance, encore bien qu'il ait comblé le vide le mois suivant. Il doit cesser ses payements le 1er mars. Mais il aurait pu s'acquitter grâce à une créance échue le même jour où le jour précédent.

ses payements *lorsque les deniers qu'il perçoit ne balancent plus les deniers qu'il devrait verser*. Toutefois, n'entreront en compte pour la détermination de cet équilibre que les sommes provenant de ses créances commerciales et les intérêts de ses placements. Les excédents d'actif à la fin d'une année ne seront pas reportés en tant que sommes disponibles pour de nouvelles échéances. Ces excédents appartiennent désormais au *capital réservé*.

Assez complexes, par conséquent, sont les conditions imposées au débiteur qui veut bénéficier de la procédure favorable et de la prime. Comment le tribunal vérifiera-t-il qu'elles ont été effectivement remplies ? Il ne pourra le faire qu'après l'inventaire, l'examen des livres, les productions des créanciers, donc à la fin des opérations préliminaires. Par suite, lors de l'ouverture, l'on ne saura pas si le débiteur qui vient de déposer son bilan et de présenter requête est en situation d'obtenir les avantages dont nous avons parlé. Aussi bien faut-il adopter le système de la « *bifurcation*[1]. » Jusqu'à la clôture des opérations qui tendent à fixer l'actif et le passif et à constater que le débiteur a pris les précautions imposées par la loi avant de cesser ses payements, la procédure sera celle de la liquidation judiciaire, et le jugement d'ouverture emportera provisoirement les mêmes effets que celui actuellement rendu sous le régime de 1889[2]. Un jugement postérieur admettra le commerçant au bénéfice de la loi nouvelle sur rapport du juge-commissaire,

(1) Cf. Percerou (Thaller), I. p. 41 et p. 45, note 1.

(2) Cependant dans les extraits publiés par les journaux, il sera fait mention du fait que le débiteur a réclamé le bénéfice de la loi nouvelle, à moins qu'il ne soit déjà avéré qu'il n'en remplit pas les conditions.

les créanciers ayant présenté leur avis motivé. La décision du tribunal sera aussitôt publiée ; les intéressés auront la faculté d'émettre appel.

4. — L'étude du système fournirait encore, à n'envisager même que les principes, de longs et nombreux développements. Il nous appartenait seulement de marquer les idées les plus essentielles qui le caractérisent. Leur adoption, complétée par les aménagements utiles que l'expérience suggérerait, doit à notre sens assurer dans le régime français des faillites une application pratiquement suffisante de la règle d'égalité. Sans doute, le résultat est-il obtenu grâce à un sacrifice nécessaire de la part des créanciers ; sans doute, apparaîtra-t-il quelque peu scandaleux et paradoxal qu'un débiteur puisse faire argent de son insolvabilité, il n'est point d'autre moyen cependant, pour augmenter la moyenne des dividendes dans l'ensemble des procédures collectives et empêcher que la perspective de la faillite produise les effets d'une voie d'exécution strictement individuelle au profit des créanciers premiers en rang d'échéance.

A cette idée, d'ailleurs, l'esprit du Droit commercial n'est pas aussi hostile qui semblerait. Nous connaissons le concordat, souvent en pratique extrêmement avantageux pour le débiteur. Pourquoi en certaines hypothèses *et en vue d'un résultat bien déterminé,* la loi n'imposerait-elle pas une pareille solution aux créanciers ? Ceux-ci, d'ailleurs, en tireraient au demeurant un bien plus grand bénéfice que leur malheureux obligé.

Mais entrer dans le détail et insister sur ces points, nous éloignerait de notre sujet principal. Il est temps

de transposer dans le Droit civil les déductions que nous avons établies. Les principes suivants, croyons-nous, n'ont pas besoin de démonstration nouvelle ou spéciale.

Inévitablement redoutée, au moins de certaines catégories de non-commerçants, la *faillite civile*, — même si sa cause d'ouverture était l'inexécution pure et simple d'une seule obligation, même si le jugement déclaratif intervenait aussitôt après ce refus de payer — ne serait pas une sanction pratiquement parfaite du principe d'égalité entre *tous* les créanciers chirographaires d'un *insolvable ;* il est, au contraire, dans sa nature d'aggraver d'abord le privilège de fait résultant de la diligence, avant de l'écarter sur la plus petite portion seulement de l'actif déficitaire.

Si l'on veut qu'elle assure réellement, dans la limite du possible, la distribution au marc le franc de tous les biens existants au jour de l'insolvabilité, entre tous les créanciers non encore payés à cette date, il n'est qu'une solution : celle que nous avons exposé en Droit commercial et qu'il suffirait d'aménager selon les nécessités du Droit civil. Il faudrait créer, à côté de la procédure normale munie alors d'une vertu comminatoire très accusée et universelle, une autre procédure extrêmement favorable, assurant au débiteur qui aurait suspendu ses payements dans les premiers temps de son insolvabilité, conservé son actif et sollicité aussitôt l'ouverture de la voie nouvelle, non seulement l'affranchissement de toute déchéance, mais encore des avantages pécuniaires importants.

Aux trois données : insolvabilité, égalité, extension de la faillite aux non-commerçants, qui nous ont servi de point de départ, il convient donc d'en ajouter une

quatrième : le pouvoir coercitif attaché nécessairement à la menace de la voie collective. Sur ces bases, il est désormais facile de construire l'énoncé général du problème de la faillite civile, lorsque le débiteur est vivant.

CHAPITRE III.

La triple formule du Problème législatif dit de la Faillite civile

Réforme des voies civiles d'exécution. — Élargissement de la notion de commerçant. — Réforme, dans l'intérêt des créanciers héréditaires, des règles de procédure et de certaines règles de fond gouvernant le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines, la vacance de la succession.

Nous voici au point culminant de notre travail ; ce chapitre en est la clef de voûte : synthétisant et complétant nos déductions antérieures, nous allons essayer de donner une vue d'ensemble du problème de la faillite civile et d'enfermer son contenu dans quelques formules précises.

La matière sera distribuée en trois sections.

Dans la première, nous tenterons, supposant le débiteur vivant comme nous l'avons toujours fait jusqu'ici, d'écrire l'*énoncé général* de la question. Cela nous retiendra peu de temps.

Puis, dans une section deuxième, de l'idée, considérée en soi, de l'extension de la faillite aux non-commerçants, nous déduirons un nouvel énoncé que nous appellerons *formule annexe*.

Enfin, abordant, dans la section troisième et der-

nière, la question de la faillite civile après décès, nous écrirons une *formule spéciale*, limitée au cas où, le débiteur étant mort, l'héritier ne continue pas la personne du défunt.

De la sorte, se trouve légitimé l'intitulé de ce chapitre : *la triple formule du problème dit de la faillite civile*, nous voulons dire ses trois aspects différents.

SECTION I.

L'énoncé général : La réforme des voies civiles d'exécution.

Nous connaissons le *mécanisme* de la faillite civile rationnelle, c'est-à-dire de la procédure d'insolvabilité collective, à certains égards égalitaire, imitée de la faillite commerciale dans sa structure interne, la seule susceptible d'être instituée en Droit civil. Le problème consiste dans la question de savoir si pareille création est opportune, et son intérêt dans le fait que peut-être la faillite civile assurerait mieux le respect de la règle d'égalité que le régime actuel du Droit civil.

Mais quel est ce « régime » que la réforme ainsi définie remplacerait ou aménagerait ? Ce n'est pas, nous l'avons montré, la déconfiture, dans laquelle il n'y a point l'étoffe d'une grande institution ; il importe cependant de le connaître, car il faudra en comparer soigneusement les effets avec ceux de la faillite civile que l'on propose.

D'autre part, l'organisation de l'égalité forcée est-elle le seul intérêt du problème ? La comparaison nécessaire dont nous venons de parler n'en révèlera-t-elle pas de nouveaux et de plus tangibles ?

Pour répondre, il suffit de déterminer la *nature*

juridique profonde de la faillite dont le mécanisme seul et certains effets ont été décrits précédemment. On verra alors combien la doctrine classique, en limitant la question à celle de l'organisation de la déconfiture, en a considérablement restreint l'étendue. En vérité, le problème de la faillite civile a un champ beaucoup plus vaste que le domaine de l'insolvabilité.

§. I. — *La faillite : sanction complète du droit de créance, voie d'exécution au même titre que la saisie.*

L'insolvabilité est un fait secret qui se manifeste rarement par des signes spontanés. Il n'est point d'autre moyen de la faire apparaître *en temps utile*, que celui qui consiste à menacer tout débiteur *qui ne paye pas*, de l'emploi à son encontre d'une procédure redoutable. L'obligé qui dans ces conditions refuse de satisfaire son créancier doit être tenu pratiquement pour insolvable, au moins après l'expiration d'un certain délai. Telles sont les idées essentielles dont nous sommes partis. Nous en avons déduit une première conséquence sur le terrain propre de l'insolvabilité, à savoir que ce système — le seul possible — tend naturellement à empêcher l'application de la règle d'égalité. Nous n'avons pas à revenir sur ces points déjà longuement étudiés. Il reste poursuivant le même raisonnement à tirer des mêmes idées, une nouvelle et plus large conclusion.

Si le débiteur qui malgré la menace de la voie collective ne paye pas, a plus de dettes que de biens, c'est que, grâce à elle, tous les obligés en mesure de s'acquitter ont rempli leurs obligations. La faillite est donc, à cause de sa vertu comminatoire, non seule-

ment une épreuve parfaite de solvabilité avant le jugement déclaratif et une *procédure de liquidation des patrimoines insolvables* après son ouverture, mais encore une *voie de contrainte à l'égard des débiteurs récalcitrants*. Envisagée sous ses *deux faces*, elle apparaît avec sa véritable nature qui est celle d'une *voie d'exécution complète*, se suffisant à elle-même, comparable à la *saisie* et plus exactement à tout le système civil de l'exécution forcée [1].

Il faut donc mettre en parallèle avec la faillite non point la déconfiture et les seules dispositions civiles touchant l'insolvabilité, comme le font généralement les auteurs qui ont traité notre sujet, mais bien la saisie et ses compléments : la théorie des titres exécutoires, la contribution, l'hypothèque judiciaire, l'ordre et l'action paulienne, en un mot, tout le système juridique qui constitue, au profit d'un créancier chirographaire de somme d'argent, la sanction légale de son droit à l'encontre d'un débiteur non-commerçant.

A vrai dire dans notre législation, les voies d'exécution du Code de procédure ne sont point spéciales au Droit civil ; elles sont de Droit commun et peuvent, par conséquent, servir contre les obligés négociants. En Droit commercial, la saisie est employée concurremment avec la faillite, mais la faillite ouverte fait obstacle à la saisie. Pour un observateur non averti, il semblerait donc que le domaine de chacune soit distinct, que l'une soit réservée aux hypothèses où le débiteur refuse d'exécuter, alors qu'il est parfai-

(1) « En réalité, écrit M. Percerou, *la faillite n'est pas autre chose qu'une voie d'exécution collective* ». Percerou (Thaller), I. p. 3. — Nous avons essayé de montrer qu'elle était, à l'état de menace, une voie individuelle.

tement solvable, et l'autre au cas où la cessation des payements fait présumer l'existence d'une situation déficitaire. D'où penserait-on, une lacune existe en Droit civil, puisqu'à l'encontre des obligés non-commerçants insolvables, il n'est prévu aucune procédure spéciale et que les voies d'exécution dites individuelles sont exercées, dans cette hypothèse, détournées en quelque sorte de leur but particulier, et utilisées contrairement à leur nature spéciale. Il manquerait une pièce dans la législation civile : une procédure propre d'insolvabilité qui soit le pendant de la faillite commerciale.

En raisonnant ainsi on est, en réalité, le jouet d'une illusion. La faillite et la saisie ont le même domaine, au lieu d'avoir deux domaines mitoyens mais différents. Elles sont toutes deux des régimes d'exécution complets, quoique construits diversement et issus de conceptions opposées. La saisie et ses annexes, d'une part, ne sauraient être rationnellement réservés aux débiteurs en état de payer et qui résistent sans motif à leurs créanciers ; l'hypothèque judiciaire est une garantie contre l'insolvabilité, l'action paulienne la suppose, la contribution ne se comprend plus si l'actif total dépasse le passif total : pourquoi partager au marc le franc le produit déficitaire d'une vente forcée si les ventes en cours ou à venir d'autres biens suffisent à désintéresser tous les ayants-droit ? Enfin, il est de l'essence même de la saisie d'avoir son utilité contre les insolvables : contre les récalcitrants, des mesures coercitives conviennent mieux que l'expropriation. La faillite, d'autre part, comme nous l'avons montré, opère non seulement quand le débiteur est au-dessous de ses affaires, sous la forme judiciaire

et tangible d'un jugement déclaratif, mais encore lorsque l'obligé a la simple intention de ne point payer, sous la forme alors d'une menace de la loi, suivie toujours d'un plein effet. En Droit commercial, par conséquent, la faillite fait double emploi avec la saisie ; l'on conçoit fort bien, en théorie tout au moins, que celle-ci disparaisse ; il n'en résulterait aucune lacune, ni aucun trouble important [1].

Sous le régime actuel, la faillite, en tant que voie simplement coercitive, et la voie d'exécution ordinaire subsistent côte à côte jusqu'au jugement déclaratif. D'ailleurs, le créancier non payé a généralement le choix entre la saisie et la demande d'ouverture de la procédure collective [2]. Encore bien que notre Droit organise la déclaration d'office de la faillite, nombreuses sont les hypothèses où, malgré la cessation notoire des payements, le tribunal de commerce n'intervient pas. La liquidation du patrimoine insolvable

---

(1) Toutefois l'action paulienne complète heureusement le système des nullités des art. 446 et suiv.. Elle seule subsisterait utilement en Droit commercial. L'hypothèque judiciaire, la contribution pourraient y être supprimées sans inconvénients sérieux, en même temps que la saisie proprement dite, exception faite de la saisie conservatoire.

(2) Cependant la poursuite par voie de faillite n'est possible que si le débiteur est déjà en état de cessation de payements. La saisie semble utile lorsque le débiteur laisse impayée une dette minime. Il n'y a là encore qu'une illusion. Supposons en effet que l'obligé acquitte régulièrement ses obligations sauf une : celle à l'égard du créancier considéré qui pourrait former saisie ; qu'est-ce à dire sinon que le commercant résiste de mauvaise foi ? Or un refus injustifié se prolongeant et devenant systématique suffit à constituer l'état de cessation de payement. Au bout de peu de temps par conséquent, la menace d'une faillite rendue possible fera payer le débiteur. Supposons au contraire que ce dernier soit véritablement géné, mais qu'il traverse une crise passagère de telle sorte que le tribunal serait en droit de ne pas ouvrir la faillite malgré la mutiplicité ou l'importance des dettes en souffrance ; autoriser à ce moment des saisies, n'est-ce point permettre aux créanciers d'accroître les difficultés au milieu desquelles le débiteur se débat, et rendre inévitable la catastrophe ?

a lieu par saisies et contributions, comme s'il s'agissait d'un non-commerçant. Les voies du Code de procédure remplacent alors la faillite, quoique l'état de faillite soit en fait avéré. La jurisprudence, non seulement admet un pareil système, contraire à l'esprit du Droit commercial, mais en adoptant la théorie de la *faillite virtuelle*[1] elle permet une combinaison de la procédure civile et de la procédure commerciale. Les créanciers peuvent invoquer toutes les conséquences légales de la cessation des payements, sauf celles qu'un texte précis rattache au jugement déclaratif. Ils seront ainsi en droit d'intenter *individuellement,* à leur profit exclusif, les actions en nullité instituées par les art. 446 et suiv., C. com.

De la théorie de la faillite virtuelle, nous n'apprécierons pas la valeur juridique[2]. Son existence démontre — et nous n'en retenons que cela — la possibilité législative de créer une procédure d'exécution imitée à la fois de la voie civile et de la voie commerciale, qui, l'une et l'autre, d'autre part, sont des régimes distincts, constituant deux sanctions, chacune complète et se suffisant à elle-même, de l'obligation chirographaire de somme d'argent.

A la suite de ces observations sommaires, il est

(1) Sur la faillite virtuelle, faillite de fait, faillite non déclarée, voyez : P. Fourcade, *Des faillites non déclarées*, Lyon 1889. — J. Bonnecase, *La faillite virtuelle*, thèse Toulouse, 1904. — Percerou (Thaller), I. p. 221 et suiv.

(2) Très combattue par les auteurs, la théorie jurisprudentielle aboutit à aggraver le caractère anti-égalitaire des voies d'exécution du Code de procédure civile, en augmentant, par le jeu des nullités des art. 446 et suiv. et grâce aux dispositions des art. 557 et suiv. C. com., la consistance des biens dont les créanciers diligents s'emparent par saisies, au détriment des créanciers retardataires ou à terme.

facile d'écrire l'énoncé général du problème de la faillite civile.

§. **II**. — *Conséquence : le problème de la faillite civile est celui de la réforme des procédures d'exécution à l'enconlre des débiteurs non-commerçants ; les solutions possibles.*

1. — La législation française connaît donc deux régimes de l'exécution forcée : le régime de Droit commun, dont la pièce essentielle est la saisie, et le régime propre au Droit commercial, qui comprend la faillite et la liquidation judiciaire.

Groupes d'institutions établies en vue d'un même résultat : sanctionner le droit du créancier, ils obéissent l'un et l'autre à quelques grands principes généraux communs, mais de graves différences les séparent. Il en résulte évidemment que chacun présente par rapport à l'autre des avantages et des inconvénients. Lequel est préférable ? Est-ce le régime des faillites ? Est-ce le régime des saisies ? Si l'on répond : la faillite, ce système doit être transporté en Droit civil avec les aménagements utiles s'il y a lieu, et la saisie doit disparaître de nos lois[1].

Tel est bien l'énoncé du problème dit de la faillite civile envisagé dans sa plus grande ampleur[2] ; telle est bien la solution la plus audacieuse qu'il comporte et par laquelle sa nature apparaît en pleine lumière. Du même coup, on aperçoit la méthode à employer

(1) Ou solution inverse mais purement théorique : la saisie doit subsister seule et la faillite disparaît complètement.

(2) Sous cette forme la plus générale la question est celle de l'*extension de la faillite*. Les expressions « problème de la faillite civile » sont alors étroites.

pour le résoudre. Il s'agit d'un choix entre deux systèmes de sanction. Il faudra donc les comparer ; mais à cet effet, il conviendra d'étudier les règles générales qui gouvernent la matière et de définir les caractéristiques de toute bonne législation sur l'exécution forcée. Faisant alors le bilan des inconvénients et des avantages de chacun des régimes concurrents, faillite et saisie, on découvrira quel est le meilleur.

C'est cette méthode que nous utiliserons au cours de notre deuxième partie. Mais il semble bien, d'ores et déjà, qu'elle ne conduira pas à une opinion aussi simple et absolue. On ne pourra, sans doute, point dire que la faillite est,— vis-à-vis de tous les débiteurs, en toutes circonstances et à tous les points de vue : égalité, économie, célérité, répression de la dissimulation et de la fraude, action sur les obligés récalcitrants, etc., — préférable à la saisie. Des distinctions seront probablement nécessaires. En énumérant toutes les opinions qui apparaissent possibles *a priori*, on dresse la liste des solutions que le problème de la faillite civile est susceptible de recevoir. Il importe de les connaître avant d'ouvrir le débat, car la discussion portera en définitive sur la valeur propre de chacune et sur la préférence à donner à l'une d'elles.

2. — En face des conceptions radicales entraînant la suppression de la saisie, tant en Droit commercial qu'en Droit civil, et l'institution à titre de seule voie d'exécution, soit d'une faillite commune à tous les débiteurs, non point identique à la procédure du Code de commerce et de la loi de 1889, mais différente[1],

(1) Voyez *supra*, p. 158, § II : *La notion correspondant en Droit civil à la cessation des payements, la condition juridique de la faillite civile rationnelle*, c'est-à-dire de la faillite unique et de Droit commun.

soit d'un système commercial et d'un système civil distinct, figure une conception également radicale : le maintien du régime actuel en Droit civil. Une pareille solution suppose que la faillite sous aucune forme ne convient à l'encontre des débiteurs non-commerçants. L'on pourra aussi estimer que la voie collective doit être introduite en Droit civil sans supprimer la saisie. On a alors le choix entre un grand nombre de systèmes particuliers : faillite parallèle à la saisie comme en Droit commercial français, voie d'exécution universelle, mais non unique, arme donnée aux créanciers qui ont la faculté de ne point s'en servir ; ou bien faillite à champ d'application restreint, limitée à certaines hypothèses, lorsque par exemple, le débiteur a plusieurs créanciers ou un passif considérable, ou encore lorsque sa mauvaise foi a été constatée, si l'on pense que l'institution de la voie collective est utile en ces seules circonstances.

Mais quelle que soit l'opinion que l'on adopte, la faillite civile que l'on proposera aura pour cause d'ouverture celle que nous avons indiquée dans nos chapitres précédents ; le jugement déclaratif sera rendu dès que l'obligé sommé de payer persistera encore dans son refus, après l'expiration du délai fixé par la loi, si les conditions spéciales que l'on aura admises pour restreindre le domaine de la faillite se trouvent au surplus réunies. Il est bien entendu toutefois que parmi ces conditions judiciaires spéciales ne figurera point la preuve de l'insolvabilité, ce qui n'empêchera pas que, seuls, les patrimoines déficitaires seront liquidés collectivement, en raison du pouvoir coercitif de la loi nouvelle dans toutes les espèces concrètes où le législateur aura admis la poursuite par voie de faillite.

Si l'on estime enfin que l'un des intérêts essentiels de l'introduction en Droit civil de la faillite est l'institution de l'égalité forcée, on ne réalisera celle-ci d'une manière satisfaisante qu'au moyen d'une procédure spéciale de grande faveur, inconnue dans la loi commerciale française.

3. — Voilà donc une vue d'ensemble du problème législatif qui nous occupe ; nous n'en resterons point là : il faut nous élever d'un degré encore dans notre synthèse et parvenir à la formule définitive.

On l'a constaté, l'extension de la faillite au Droit civil suppose que l'on juge insuffisante la sanction de l'obligation chirographaire à l'encontre des non-commerçants et que l'on croie à la nécessité d'une réforme. Pourquoi celle-ci consisterait-elle forcément dans la création d'une voie nouvelle d'exécution avec liquidation égalitaire ? Est-ce là le seul moyen de parer aux inconvénients des voies du Code de procédure ? Peut-être ; mais il faudrait au préalable le démontrer, car il n'est pas évident qu'aucune amélioration de la saisie et de ses compléments selon leurs principes propres soit impossible, ni même que pareil aménagement ne permette pas d'obtenir tous les résultats heureux que l'on recherche, aussi bien, sinon mieux, que l'institution d'une faillite civile.

Et voici alors la liste et l'ordre des questions auxquelles il faudra successivement répondre :

1° La sanction civile de l'obligation chirographaire de somme d'argent est-elle parfaite au regard des principes théoriques et rationnels qui gouvernent la matière de l'exécution forcée ?

2° Une réforme est-elle au contraire nécessaire ?

3° Suffirait-il de modifier plus ou moins complètement l'organisation actuelle des voies civiles, mais en respectant leurs règles essentielles et sans faire d'emprunt au système commercial d'exécution ?

4° Ou bien faut-il introduire la faillite dans le Droit civil ?

5° Quel système choisir, en ce cas, parmi ceux que nous avons indiqués et qui sont, en théorie, les seuls acceptables ?

Ainsi donc, le problème législatif dit de la faillite civile, si l'on donne à son appellation le sens le plus étroit qu'elle comporte, ne peut être étudié isolément. La vérité est qu'il existe un problème de la réforme de l'exécution forcée en général et à l'encontre des non-commerçants en particulier, et que l'une des solutions possibles de ce problème très vaste consiste dans l'institution, à l'image de la faillite commerciale actuelle, d'une faillite civile : sanction nécessairement totale et peut-être unique du droit de créance, dans chaque hypothèse où elle serait prévue, et non pas seulement voie de simple liquidation collective de certains patrimoines reconnus ou présumés insolvables. Cette formule fort large contient assurément toute la matière, elle ne rend pas encore compte cependant de tous ses aspects.

SECTION II.

La formule annexe du problème dit de la faillite civile : l'unification du Droit privé national, l'élargissement de la notion de commerçant.

Les débiteurs non-commerçants ne sont pas soumis en Droit français au régime des faillites ; celui-ci est réservé aux négociants ; d'où la conception la plus

élémentaire du problème : serait-il de bonne législation de généraliser la faillite, de l'étendre à tous les obligés, quitte à faire des distinctions dans le détail de la procédure, selon la profession du débiteur ? Une pareille idée mérite d'être prise *en soi*, et examinée isolément, dégagée de toute autre espèce de considérations.

Or, il saute immédiatement aux yeux que proposer l'introduction de la faillite en Droit civil, c'est en définitive vouloir supprimer la différence essentielle qui sépare le Droit commercial du Droit civil ; c'est aussi et mieux encore, désirer la réalisation, au moins pour partie, d'une autre grande réforme : celle de l'*unification du Droit privé national*.

Quelles dispositions légales, en effet, avec une faillite de Droit commun, resteraient vraiment propres aux *négociants ?* L'énumération n'en est pas longue : obligation de tenir des livres et de rendre public d'une manière spéciale le régime matrimonial, mesures particulières relatives au statut juridique des personnes morales, de la femme et du mineur commerçants[1]. On le voit donc, si le législateur soumettait à une loi unique de faillite tous les débiteurs, il ne subsisterait que des différences fort peu importantes entre le Droit des commerçants et celui des non-commerçants.

Cependant supprimer ces différences, chose assez facile semble-t-il, ce ne serait pas encore réaliser

(1) *La loi du 1er août 1893* est venue atténuer les différences qui séparent les sociétés civiles des sociétés proprement commerciales, en ajoutant à la loi du 24 juillet 1867 un article ainsi conçu : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.

l'unification complète du Droit privé français, car notre loi commerciale déroge à la loi civile non seulement parce qu'elle régit certaines personnes : les négociants, mais encore parce qu'elle édicte des règles d'exception touchant les *actes de commerce*, quelle que soit la profession de ceux qui les ont passés. Ces opérations juridiques se distinguent des actes de nature civile à deux points de vue principaux : quant à la compétence et quant à la preuve. Les contestations qui naissent à l'occasion des actes de négoce sont jugées par les tribunaux de commerce, aux termes de l'art. 631, C. com. Le juge peut admettre la preuve des contrats commerciaux en principe par tous les moyens, notamment par témoins, quel que soit le taux du litige, ainsi que le stipule l'art. 109, C. com.[1].

Il n'en reste pas moins que l'institution d'une faillite unique, commune aux commerçants et aux non-commerçants, serait l'étape principale vers l'unification du Droit privé national, ou tout au moins vers la rédaction d'un code uniqûe des obligations[2].

---

(1) Il y a encore intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils aux points de vue suivants : 1° taux de l'intérêt légal et conventionnel ; 2° peines du crime de faux en écriture (art. 147 et 150 C. pén.) ; 3° droits d'enregistrement ; 4° constitution et réalisation du gage (art. 2084 C. civ., art. 91 à 83 C. com.)

La théorie des actes de commerce est liée à celle du commerçant, par cette règle : sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle (art. 1, C. com). D'autre part, à côté des actes commerciaux par nature (art. 632, et 633, C. com.) notre Droit connaît, bien que le Code de commerce ne se soit pas exprimé nettement sur ce point, des actes commerciaux en vertu de la *théorie de l'accessoire ;* ce sont les actes, en soi de nature purement civile, mais faits par un commerçant et se rattachant à l'exercice de sa profession.

(2) Sur la question de l'unification du Droit privé national voyez :

Cesare Vivante, *Per un codice unico delle obligazzioni*, 1881, Archivio giuridico XXXIX, fas. 5 et 6 ; *Ancora per un codice unico del. oblig.*, Roma, 1892 (tirage à part d'un article paru dans la «Rivista italiana per le

Il ne faut donc point s'étonner de ce que le problème de l'extension de la faillite et celui de l'extension du Droit commercial aient été mêlés ; il est même intéressant d'envisager le premier comme une simple fraction du deuxième. Sans doute, pour établir l'utilité d'une unification du Droit privé au profit de la législation commerciale, la méthode logique veut qu'on raisonne d'abord sur chacune des institutions qui actuellement ne sont pas communes aux deux lois, et que l'on montre, par exemple et surtout, la nécessité d'une faillite étendue à tous les obligés. Mais, il est vrai d'ajouter que la question générale peut être abordée de front, par certains côtés tout au moins. La discussion change alors de nature, de juridique elle devient économique. Le Droit commercial, dira-t-on, est le Droit moderne, le Droit des affaires ; les habitudes du commerce ont pénétré dans la vie journalière des simples particuliers. L'énorme développement de la fortune mobilière et les transactions nombreuses dont les titres au porteur sont l'objet, les progrès des moyens de transports ou de communications ont transformé en quelque sorte la matière même que la loi civile régit. « La distinction des immeubles et des richesses mobilières, disait Portalis

---

scienze giuridiche», XIII, p. 378, traduction française dans l'introduction du traité de Dr. com de C. Vivante, éd. française, Paris 1910) ; L'*Unita del dirrito privato,* Torino. 1898 (traduction française avec notes, par M. Victor Yseux et suivie d'une remarque par la Rédaction : M. Thaller, dans les «Annales de Dr. com.» t. VII, 1893, pp. 1-23).

Ch. Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial,* thèse Paris, 1903.

Huvelin, L'*Histoire de Dr. com.* 1904, pp. 18 et suiv.

Lyon-Caen, *De l'influence du Droit. commercial sur le Droit civil depuis 1804,* Liv. du centenaire du C. civ. p. 207.

Wahl, *Préface du traité de Dr. com. de Vivante* , éd. française, pp. XIV-XVIII.

Gauffre, *Tendance à l'unification du Dr. civil et du du Dr. com.*, 1898.

dans son *Discours préliminaire sur le Code civil*, nous donne l'idée des choses proprement civiles et des choses commerciales ». On ne peut plus aujourd'hui séparer ainsi les domaines des deux lois. D'ailleurs, les faits, pensera-t-on, corroborent ces idées. Les institutions nées pour le commerce sont entrées peu à peu dans la vie juridique civile : l'assurance, le billet à ordre, le chèque, les warrants, sont utilisés par les non-commerçants, ainsi que la lettre de change qui par définition rend commerciale l'obligation de ceux qui la signent[1]. Enfin, en ce qui touche spécialement la faillite qui reste au centre du sujet, on insiste tout particulièrement sur sa valeur comme élément du crédit chirographaire auquel appartient l'avenir et sans lequel l'agriculture ne saurait se développer.

Les adversaires de la fusion du Droit commercial et du Droit civil trouvent sans peine des arguments en sens contraire. Il faut qu'il y ait toujours une loi qui devance l'autre et crée des institutions nouvelles à champ limité. Le Droit civil et le Droit commercial progressent sans cesse ; celui-ci plus audacieux que le premier est une législation d'expérience dont les dispositions les plus anciennes et les plus stabilisées passent peu à peu dans la législation de Droit commun et enrichissent son fonds. D'autre part, il y a bien encore dans tous les pays et surtout en France, deux classes de personnes : celles qui sont dans les affaires et les autres qui forment la majorité : artisans, petits rentiers, fonctionnaires, la plupart des agriculteurs eux-mêmes. Quant à la faillite et à l'effet de son ins-

(1) art. 632, dernier alinéa, C. com., sous réserve des dispositions des art. 113 et 114.

titution sur le crédit, ce n'est pas, dit-on, son absence en Droit civil qui empêche chez nous le développement des caisses de crédit agricole.

On comprend facilement qu'avec des arguments d'un ordre aussi général, il soit difficile de parvenir à une opinion absolue. Les idées que l'on oppose contiennent toutes une part de vérité, et sur ce terrain mouvant la discussion dégénère vite en une violente polémique, à l'issue de laquelle les adversaires restent chacun sur leurs positions[1]. Il semblerait donc sage de ne pas confondre le problème de la faillite civile avec celui de l'extension du Droit commercial et d'oublier volontiers que le premier est une partie du second. Si l'on admettait après discussion, la possibilité juridique d'une faillite généralisée, il suffirait de marquer alors qu'un grand pas est fait vers l'unification du Droit privé national, mais la question de cette réforme est trop vaste pour que l'on puisse l'étudier avec sûreté et logique en bloc et dans son ensemble.

En d'autres termes, il faut décomposer en une série de problèmes secondaires le problème de l'extension du Droit commercial et envisager isolément chacune des différences qui séparent aujourd'hui les deux lois privées et dont la plus importante tient évidemment à la faillite. Tout au plus se souviendra-t-on de l'aspect économique des questions élémentaires ainsi définies. Et nous marquerions l'inutilité à peu près complète de nos présentes recherches, s'il n'existait *une autre*

(1) Les études du professeur C. Vivante ont donné naissance, en effet, à une ardente polémique, Pour la bibliographie voyez : Ann. de Dr. com., 1894, p. 283.

méthode pour fractionner le problème du droit privé unique et permettre de le résoudre, avec facilité et certitude, morceau par morceau.

Que prétendent, en effet, démontrer les partisans de l'absorption du Droit civil par le Droit commercial ? Assurément que les opérations civiles sont aujourd'hui de la même nature économique et sociale que les opérations commerciales, qu'il conviendrait par conséquent de ne plus les distinguer. N'est-ce point dire qu'il faudrait *élargir la notion d'acte de commerce au point d'y faire rentrer tous les actes civils ?* D'autre part, si le commerçant est celui dont la profession est l'exercice habituel des actes de commerce, défendre la théorie de l'unité du Droit privé, n'est-ce point proposer une telle *extension de la notion de commerçant* que toutes les personnes juridiques soient sans exception soumises à la loi commerciale ?

Présentée sous cette forme, la question revêt un intérêt indiscutable, car elle contient un grand nombre de solutions. On n'est plus obligé d'admettre ou de rejeter en bloc l'idée d'un Droit commercial devenant Droit commun. On pourra ranger, en effet, parmi les négociants quelques-uns seulement des non-commerçants, ceux dont les opérations et contrats nécessités par l'exercice régulier de leur profession offrent le plus d'analogie avec les actes de commerce énumérés par les articles 632 et 633, ceux encore qui font un appel habituel au crédit, ou se trouvent normalement créanciers et débiteurs de sommes considérables. En décomposant ainsi la question, les arguments d'ordre économique et d'utilité sociale que l'on fera valoir prennent une précision et un relief tout particuliers. Car s'il est difficile, sinon impossible, de montrer que la vie juri-

dique de tous les non-commerçants, y compris les salariés et les petits rentiers, est aujourd'hui à peu près celle des négociants, il sera incomparablement plus aisé de discuter sur le point de savoir si telle catégorie de non-commerçants, les *marchands de biens* par exemple, se livrent à des spéculations qui par leur nature économique mériteraient d'être rangées en Droit parmi les actes de négoce.

On n'est même pas tenu, par cette méthode, de soumettre à l'intégralité du Droit commercial les individus ou personnes morales, pour lesquels le Droit civil serait reconnu insuffisant : assimilés eux-mêmes aux négociants et assujettis par suite aux règles de la faillite commerciale, leurs opérations professionnelles conserveraient leur nature juridique actuelle, si la loi en décidait ainsi.

Aussi, à côté de la formule générale tirée de l'idée d'une réforme à opérer dans la matière des procédures d'exécution, plaçons-nous une formule annexe ou auxiliaire, dont les auteurs n'ont pas toujours bien aperçu l'importance, un énoncé nouveau : *Faut-il élargir la notion de commerçant ?*

Ces deux aspects du problème supposent un débiteur vivant ; la question change, lorsque, l'obligé étant mort, les créanciers se trouvent en face d'une succession.

SECTION III.

Le Problème de la faillite civile après décès, sa formule spéciale, la notion de faillite successorale.

Au problème de la faillite civile, les auteurs [1] recon-

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 274. — Dupin, *op. cit.*, p. 80. — Trancou, *op. cit.*, p. 216. — Thaller, *F. en Droit comp.* I. p. 182 : «On patiente avec son débiteur, on a des égards pour sa personne : il meurt, c'était le signal convenu pour l'essor des compétitions ».

naissent, très généralement, un intérêt considérable après la mort du débiteur[1]. C'est en cette hypothèse, affirment-ils volontiers, que le transport des règles essentielles de la faillite commerciale s'opérerait avec le plus d'utilité. Il n'est guère cependant, comme on le verra, de sujet qui ait été indirectement l'occasion d'aussi vives controverses touchant la valeur des principes les plus fondamentaux de notre Droit successoral. C'est pourquoi, il importe ici encore de faire soigneusement le tour du problème et d'en écrire correctement l'énoncé.

§. I. — *Préliminaires.*

1. — En la matière, la doctrine classique, fidèle à sa conception d'une déconfiture organisée, limite l'intérêt de la question nouvelle à l'aménagement d'une sanction meilleure de la règle d'égalité, grâce à la création d'une procédure civile imitée de la faillite commerciale, mais s'ouvrant à l'apparition naturelle de l'insolvabilité du débiteur, en l'espèce après la mort de celui-ci. Selon ce système, par conséquent, le décès de l'obligé n'apporterait, semble-t-il bien, aucune modification à l'énoncé du problème. Ne suffit-il pas, en principe, d'étendre au-delà de la mort le champ

(1) Les statistiques de l'Administration de l'Enregistrement (Bulletin de statistique et de législation comparée ; Colin et Capitant, 1re éd. III, p. 359, note 2 ; Percerou, Rapport à la *Société d'Etudes législatives*, Bulletin 1910, p. 267) signalent qu'avant-guerre sur un nombre moyen de décès égal à 700.000, 370.000 donnaient lieu à une déclaration de succession : l'actif brut déclaré atteignait 6 millions, l'actif net taxé 5,5. Le nombre des successions sans aucun actif net était de 13.000 environ, ce qui représente 3 à 4% des successions déclarées. On remarquera que les successions sans actif net ne sont pas nécessairement insolvables et que par conséquent les hypothèses d'hérédités insolvables sont heureusement assez rares On remarquera aussi que la statistique ne distingue pas entre les non-commerçants et les négociants dont les successions sont évidemment plus souvent obérées que celles des autres débiteurs.

d'application de cette même liquidation collective dont on a reconnu la nécessité, au profit des créanciers, pendant la vie du débiteur ? Seules des considérations d'ordre pratique viendraient donner une importance spéciale au problème de la faillite civile posthume et en renforcer l'intérêt. Si l'obligé peut, en effet, facilement au cours de sa vie, cacher sa situation déficitaire, aux yeux de ses créanciers, et rendre pratiquement impossible une déclaration de déconfiture, tout change lorsqu'il n'est plus. Alors éclate la vérité, les signes externes de l'insolvabilité apparaissent avec évidence, de telle sorte que la tâche du tribunal chargé de prononcer le jugement déclaratif se trouve singulièrement facilitée. Alors aussi, la foule des créanciers se précipite, il convient donc plus que jamais de suspendre les poursuites individuelles et d'instaurer pour la distribution des deniers un système équitable, simple et rapide.

Ainsi la doctrine classique, après l'examen de la question de la faillite civile pendant la vie de l'obligé, entre de plain-pied dans le problème de la faillite successorale. Celui-ci, pour elle, ne constitue nullement un problème distinct ; les particularités qu'il présente et que les auteurs n'ignorent pas, n'en modifient point la nature profonde ; après comme avant le décès, la question s'énonce : Faut-il organiser la déconfiture ? Comment l'organiser ?

Cette formule nous l'avons repoussée dans le cas où le débiteur vit encore, mais nous n'avons apporté aucun argument contre elle dans l'autre hypothèse soigneusement réservée jusqu'ici. La remarque est essentielle. Nos démonstrations ayant eu un objet différent ne nous lient pas en la présente matière, où

nous restons libres de suivre la théorie classique, si elle nous y apparaît fondée ; cette attitude supposerait, en effet, non point une contradiction, mais seulement l'idée que le problème de la faillite successorale est un problème véritablement à part.

Ce serait donc une méthode utile pour parvenir à la formule recherchée, que d'entreprendre un examen critique de la conception généralement admise par les auteurs, lorsque l'obligé est mort. Les principes du raisonnement commandent toutefois un autre procédé ; la logique veut que nous tentions de transporter en la même espèce notre propre théorie établie dans l'espèce inverse, celle du débiteur non décédé, et que nous découvrions, le cas échéant, les modifications à apporter ici à notre système fondé sur l'opposition de la faillite et de la saisie. Nous partirons donc de cette idée que la question de la faillite civile posthume peut s'écrire : Le législateur doit-il lorsque le débiteur non-commerçant est mort, interdire aux créanciers héréditaires, au moins dans certaines hypothèses, la poursuite par voie de saisies individuelles et leur donner, comme sanction unique ou complémentaire de leurs droits, la faculté d'obtenir l'ouverture d'une faillite ? Et par faillite, il faudra entendre, *pour l'instant*, cette même procédure d'insolvabilité, collective et égalitaire, dont la perspective est comminatoire, en un mot celle que nous avons construite à l'image de la loi commerciale française et au profit des créanciers des non-commerçants vivants.

2. — Or, il est un fait immédiatement tangible qui révèle l'insuffisance de notre précédente formule et qui montre que les expressions de faillite civile ou

d'extension de la faillite aux non-commerçants, doivent être ici abandonnées. C'est qu'en effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 437, C. com., rédaction de 1838[1], le tribunal ne peut déclarer la faillite d'un commerçant décédé, à moins il est vrai, qu'il ne soit mort en état de cessation de payements et, selon l'alinéa 3, qu'une année ne soit pas écoulée depuis le décès. D'où il suit que la faillite *post mortem*, si l'on donne à cette expression un sens général, est exceptionnelle en Droit commercial français. Notre loi ignore la *faillite successorale* proprement dite, celle qui pourrait s'ouvrir, même si le négociant défunt avait toujours de son vivant acquitté ses dettes échues, à la seule condition que le passif ne puisse être payé. Le Code de commerce connaît seulement la faillite du commerçant non décédé, mais il permet de l'ouvrir dans un bref délai à la suite de sa mort, ne voulant pas semble-t-il que cet évènement, peut-être inattendu, vienne faire obstacle à l'exercice du droit que les créanciers tenaient déjà de la cessation des payements[2].

A moins donc de vouloir *a priori* réduire considérablement l'étendue du problème de la faillite civile

(1) Le code de 1807 était muet sur ce point. La loi de 1838 fit passer dans le texte de l'art. 437 la solution adoptée par la jurisprudence sous l'empire de la législation de 1807. (D. J. G. v° Faillite, n° 57).

(2) Cette dernière idée avait plus de force encore sous l'empire de la législation de 1807 et au moment où la jurisprudence élabora, dans le silence des textes, l'essentiel du système actuel de la faillite *post mortem*, système que la loi de 1838 adopta, mais restreignit dans son champ d'application par l'introduction du délai préfixe d'un an. Sous le régime de 1807 en effet, la date de la faillite et des effets du jugement déclaratif est celle même de la cessation des payements (art. 441 et suiv. anciens) : l'intervention du tribunal apparaissait comme une condition de forme : « l'ouverture de la faillite » s'était produite en réalité avant le décès.

posthume *lato sensu*, on ne peut écrire que celui-ci consiste à rechercher s'il serait opportun d'étendre aux hérédités des non-commerçants les dispositions légales qui concernent les successions des commerçants et que nous venons de rappeler. Il s'agit surtout à la vérité d'apprécier la valeur d'une réforme qui permettrait, *contre les successions des négociants et des non-négociants,* l'emploi de la faillite aux créanciers personnels du *de cujus*, si la cause légale d'ouverture d'une liquidation collective de son patrimoine se trouvait réalisée après sa mort. En d'autres termes et sur ce chef, il n'est plus question de l'extension aux non-commerçants de la loi des faillites spéciale jusqu'ici aux commerçants, c'est l'idée d'étendre son esprit au Droit successoral et aux modes de liquidation des passifs héréditaires qui est en jeu.

3. — Nous opposons donc à certains égards la *faillite post mortem stricto sensu*, dont l'article 437, C. com., fournit le type, et la *faillite successorale* véritable, dont l'étude forme le centre de notre sujet. Elles diffèrent profondément l'une de l'autre, car elles ne s'accommodent point toutes deux des mêmes principes fondamentaux de Droit civil. On l'apercevra rapidement en dégageant les conditions de la faillite successorale ; ce dernier système de voie collective est, en effet, inconciliable avec la règle traditionnelle qui, malgré de nombreux tempéraments, régit encore tout notre Droit des hérédités et que l'on nomme *le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier*. Ce principe, comme on le verra, n'exclut point au contraire la faillite *post mortem*. Cela tient à l'origine des effets du jugement décla-

ratif ; cet accommodement ne va pas d'ailleurs sans soulever de nombreuses contradictions et de graves difficultés. Aussi l'introduction de l'esprit et des dispositions essentielles de la faillite commerciale dans le Droit des liquidations successorales se trouve-t-elle subordonnée à la réalisation d'une réforme plus importante et pose une question préjudicielle d'un ordre plus élevé. Avec elle nous sortons du domaine des voies d'exécution, nous entrons dans celui du Droit civil général. Le problème se complique par conséquent. On est en présence de deux controverses. Il convient de marquer le rapport de dépendance dans lequel elles se trouvent et de montrer pourquoi l'organisation d'une faillite successorale suppose l'abandon par la loi du principe de la continuation de la personne. C'est à cet ordre de recherches que nous nous emploierons tout d'abord. Il faudra ensuite considérer la faillite successorale en soi, en tant que procédure d'insolvabilité, collective et égalitaire, définir sa notion interne, fixer son domaine d'application, déterminer la cause juridique rationnelle de son ouverture, en un mot, rassembler tous les renseignements indispensables pour écrire l'énoncé du problème et permettre d'aborder plus tard avec sûreté le fond du débat.

§. **II.** — *La condition préalable de la faillite successorale : abandon de l'idée de l'héritier continuateur de la personne, institution d'un régime de succession aux biens* [1].

1. — Ce n'est point à la vérité la personne qui

(1) Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français* (Rev. trim. de droit civil, 1905, p. 535 et suiv.) ; *La liquidation du passif*

tombe en faillite, c'est son patrimoine, c'est l'ensemble de ses biens et de ses dettes groupés en une universalité juridique sous la puissance d'un unique titulaire.

La composition du patrimoine est essentiellement variable suivant l'objet des actes juridiques que passe son maître. Mais à chaque instant de la transformation de la masse active et passive, on peut déterminer exactement les éléments qui la compose, comme l'on peut à chaque seconde arrêter ou suspendre le cours de son évolution. Ainsi opère la procédure de faillite. Elle cristallise le patrimoine et le transforme en un conglomérat inerte de dettes et de biens : elle le soustrait au moins provisoirement à l'action du débiteur dessaisi, elle le considère séparé de son titulaire et comme doté d'une individualité matérielle propre, pour le liquider dans le cas de l'union.

A l'inverse donc de la saisie qui atteint un ou plusieurs biens isolés et *ut singuli*, la voie collective suppose un ensemble de valeurs actives et passives présentant une unité. La faillite d'une personne n'est

---

héréditaire en droit comparé (id. p. 811 et suiv.) ; *Faillite et liquid. jud. après décès* (Journal des faillites, 1905, p. 415 et suiv.) — Olivier Jallu. *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne.* Thèse Paris, 1902. — Cazelles, *De l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1905. — Grasserie (de la) *Du passif successoral* 1896.

— *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1910 et 1911 :

L. Crémieu, *Rapport sur la question de la liquidation du passif héréditaire dans le code civil fédéral suisse*, 1910, p. 58 et suiv. ; *Rapport... dans le code civil italien*, id., p. 64 et suiv. — Percerou, *Rapport présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le règlement du passif héréditaire*, id., p. 235 et suiv. ; Compte rendu de la séance du jeudi 8 déc. 1910, id. p. 283. — Saleilles, *De la responsabilité quant aux dettes de la succession dans l'histoire du Dr. fran.* 1910, p. 296 et 1911, p. 56 et suiv.; *Lettre ouverte*, 1911, p. 21 et suiv.; *Responsabilité de l'héritier en droit comparé*, 1911, p. 470 et suiv. — Ambroise Collin, 1911, p. 30 et 50.

plus possible si son patrimoine a cessé d'exister à titre de masse autonome, encore que les éléments de cette masse subsistent individuellement et restent selon l'art. 2092, C. civ., le gage des créanciers de cette même personne. Mais dans quelles circonstances pareille situation sera-t-elle de nature à se présenter ? Il suffit pour qu'il en soit ainsi, que, le débiteur étant mort, la loi décide que son patrimoine s'éteindra en se confondant avec celui de l'héritier. Or, telle est bien la règle fondamentale qui domine notre Droit successoral.

2. — L'héritier, en effet, continue la personne du défunt, il ne succède pas à ses biens. L'origine du principe explique et éclaire son contenu. Il faut remonter jusqu'aux législations primitives et au vieux Droit romain : les créances et les obligations d'un individu disparaissaient à sa mort ; l'esprit des juristes ne savaient concevoir leur transmission aux héritiers et se refusait à matérialiser la valeur économique d'un lien juridique unissant deux personnes. Mais les besoins de la pratique l'emportèrent ; il fallait que le fils puisse réclamer le payement des créances du père et surtout que les créanciers du père acquièrent le droit de considérer le fils comme leur propre débiteur. Ainsi naquit la théorie de la continuation de la personne, qui dans sa conception primitive assura la persistance des *sacra privata*[1] : les dettes envers les dieux. Sous ce système, l'obligation n'est toujours point matérialisée, ni transmise en tant que valeur active ou passive concrétisée. Mais l'on obtient le résultat

(1) Cuq, *Institutions juridiques des romains*, t. 1. p. 548.

pratique que l'on recherche, au moyen d'une fiction[1] : l'héritier sera sensé succéder à la personne même du défunt et absorber son individualité juridique, à un point tel que le successeur et le *de cujus* sont considérés comme n'ayant jamais formés qu'une seule personne ; ainsi les créanciers du mort apparaissent avoir eu de tout temps l'héritier pour débiteur. Sous Justinien, malgré des tempéraments[2], la règle demeure. « *Cum utique nostris videtur legibus unam quodam modo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem...* », porte la Novelle 48.

3. — Ce principe, en dépit de l'évolution de nos concepts juridiques est encore le nôtre[3] ; et voici sa conséquence directe : le successeur se trouve tenu des dettes du défunt, *ultra vires hereditatis* et *in infinitum;* il en répond sur ses biens propres[4], ceux qu'il possédait de son chef avant l'ouverture de la succession, comme sur les biens qu'il a acquis du défunt et qui

(1) De même ce n'est que par des moyens détournés et forts imparfaits que le Droit romain est arrivé à réaliser, entre vifs à titre particulier, la cession de créance. (novation par changement de créancier, procuratio in rem suam)

(2) Separatio bonorum (Droit prétorien, Gaius II, 155) ; bénéfice d'inventaire (Justinien, 531, L. 22, C. de jur. délib. VI, 30).

(3) La règle passa directement du Droit romain dans le Droit écrit. Elle n'apparait en Droit coutumier qu'aux 13e et 14e siècles, puis se confond avec le principe de la saisine, pourtant différent. Au 18e siècle, le principe de la continuation de la personne concerne non seulement les héritiers ab intestat, mais encore les légataires universels et à titre universel et les institués contractuels.

(4) Art. 724 et 1220 C. civ. La confusion de l'idée de continuation de la personne et de l'idée de saisine a persisté dans le Code civil. D'où la doctrine a tiré que seuls les successeurs saisis continuent la personne. Mais la jurisprudence a attaché l'obligation personnelle indéfinie à la qualité de successeur à titre universel (Cass. civ. 13 août 1851. D. 51. 1. 281) Des arrêts plus récents semblent toutefois adopter la théorie de doctrine (Cass. civ. 12 mai 1897, D. 98. 1. 164; S. 98. 1. 193, note de M. Walh; 1 août 1904, D. 1. 513, note de M. Guillouard, S. 1905. 1. 13).

deviennent désormais à lui personnels, au même titre que les anciens[1]. Le patrimoine du *de cujus* a cessé d'exister en tant que masse distincte, il est entré dans celui de l'héritier en subissant une désagrégation complète. Les créanciers de la succession sont en d'autres termes, vis-à-vis du successeur, dans la même situation que les créanciers de celui-ci ; les uns et les autres ont des droits identiques. Tout se passe en définitive comme si l'héritier avait acquis par une série d'actes isolés, de nouveaux biens ou de nouvelles créances, et contracté de nouvelles obligations. Dans l'hypothèse d'une pluralité de successeurs, le patrimoine du défunt vient se fondre dans les patrimoines de ces derniers qui continueront chacun pour partie, la personne décédée et se trouveront de plein droit chargés *in infinitum* de ses dettes, dans la mesure de leur vocation héréditaire.

Or, supposons que des obligations du défunt ainsi transmises et sauvegardées restent inexécutées, les créanciers agiront contre celui des héritiers qui ne paye pas, tout comme ils auraient agi contre le débiteur originaire ; seulement, les propres créanciers du successeur pourront s'associer aux poursuites sur l'un quelconque des biens anciens ou nouveaux de celui-ci ; inversement les créanciers du défunt auront la faculté de participer aux voies d'exécution entreprises par un ou plusieurs des créanciers personnels du successeur.

Par ailleurs, ce serait un non sens de parler de l'insolvabilité du patrimoine héréditaire, car ce patrimoine n'existe plus : le passif s'est confondu avec le

(1) Il n'en est pas de même lorsque l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire. Nous n'envisageons pas pour l'instant cette hypothèse ; il en sera question plus loin.

passif du continuateur, l'actif avec son actif, pour donner naissance à un nouvel actif et à un nouveau passif. Si le montant de toutes les dettes ainsi mêlées dépasse la valeur totale des biens réunis, c'est l'héritier qui est insolvable ; il importe peu que cette situation provienne du mauvais état de ses affaires propres ou des affaires du *de cujus*. D'où il suit que la succession ne saurait être déclarée en faillite, mais seulement celui des continuateurs qui ne paye pas[1]. La procédure collective atteindrait nécessairement les deux patrimoines fondus, et profiterait indistinctement à chaque catégorie des créanciers qui forment à tous égards un groupe unique et homogène.

Cependant notre Droit commercial connaît la faillite posthume du négociant décédé en état de cessation de payements ; comment donc est-elle possible lorsque l'héritier a continué la personne de celui qui sera déclaré failli ? Il faut bien le dire, la loi écarte ici indirectement la règle du Droit civil, en ce sens que, du jour de l'ouverture de la procédure collective, par l'effet du *dessaisissement* et de l'hypothèque de la masse le patrimoine du *de cujus* est reconstitué et recouvre son individualité autonome : il redevient le gage propre des créanciers héréditaires qui,

(1) Il en était ainsi en Droit romain. Lorsqu'il y a lieu à ouverture de la *bonorum venditio* après le décès d'une personne, la procédure est dirigée contre l'héritier et touche à la fois les biens héréditaires et les biens propres de celui-ci, même si l'insolvabilité actuelle a pour seule cause l'insolvabilité du défunt (à moins que l'héritier sien et nécessaire fasse usage du *Jus abstinendi* organisé par le prêteur et dont les effets sont ceux d'une renonciation (L. 99, D. liv. XXIV, t. 2, et L. 2. p. 8, D. liv. XXXVIII, t. 17), ou que l'esclave devenu libre et héritier nécessaire en vertu du testament de son maître obtienne du préteur la *bonorum séparatio* ; en ce dernier cas les biens acquis par l'esclave depuis son affranchissement échappent à la *bonorum venditio* poursuivie néammoins contre lui-même (Gaius II, 154).

sur ces biens, seront préférés aux créanciers du successeur[1].

Il n'en reste pas moins que depuis le décès et jusqu'au jour du jugement déclaratif les deux patrimoines ont été effectivement mêlés et que dans cet intervalle la règle de la continuation de la personne a joué librement. Les effets d'une pareille situation ne vont-ils pas restreindre l'utilité de la faillite, en empêchant la reconstitution du patrimoine successoral dans son intégrité ? Sans doute, les créanciers chirographaires de l'héritier voient, du fait de la faillite, disparaître en quelque sorte rétroactivement le droit de poursuivre en concours avec les créanciers héréditaires, leur payement sur les valeurs successorales, mais ce résultat du jugement déclaratif est insuffisant : les créanciers du successible ont pu acquérir des droits de préférence sur ces biens, des hypothèques, par exemple, opposables à la masse des créanciers de la faillite, d'autre part le successeur a peut-être aliéné des valeurs qui appartenaient au défunt et dont il a eu, un temps, la propriété libre et entière.

Il semblerait donc que la loi ait laissé pratiquement au continuateur de la personne, la faculté de rendre illusoire la déclaration de la faillite posthume, en lui laissant le droit de faire disparaître, avant son ouverture, les éléments de l'actif sur lesquels elle doit porter.

(1) L'héritier ne cesse pas à d'autres égards de continuer la personne de son auteur ; aussi bien les créanciers héréditaires pourront toujours le poursuivre sur ses biens personnels et ne réclameront pas l'ouverture de la faillite *post mortem*, si leur nouveau débiteur est solvable à cause de sa fortune personnelle et malgré la charge du passif successoral. L'hypothèse visée au texte suppose donc un héritier déjà insolvable : les créanciers du défunt, par la faillite, écartent alors, sur les biens héréditaires, les créanciers personnels du successible.

En réalité, les règles propres de la faillite écartent ici encore la solution qui découle normalement du principe civil, ou du moins en atténuent les graves inconvénients. C'est, qu'en effet, l'exercice *post mortem* de la voie collective suppose dans notre Droit une cessation de payements antérieure à la mort ; il s'ensuit que le début de la *période suspecte* se place au plus tard au jour du décès : les dispositions des articles 446 et suivants du Code de commerce protègent les créanciers héréditaires contre les actes de disposition du successeur[1]. Mais il ne faut pas s'y tromper ; très imparfait est un pareil système. Si l'article 476 fait obstacle à la compensation entre une dette de la succession et une dette de l'héritier envers son auteur et à la validité des hypothèques judiciaires obtenues par les créanciers du continuateur pour des dettes nées avant le décès, l'art. 447 n'autorise l'annulation des actes à titre onéreux passés par le successeur, que tout autant que ceux qui ont traité avec lui savaient que le *de cujus* avait cessé ses payements[2].

Les règles de la période suspecte n'instituent qu'un dessaisissement partiel et relatif ; pour que la faillite *post mortem* puisse fonctionner normalement, *en dépit*

---

(1) Percerou : *Faillite et liquidation judiciaire après décès en Droit français*, p. 78 et suiv. — *Des faillites et des banqueroutes* (traité de Thaller) I. p. 209 et 210.

(2) La faculté qu'ont les créanciers héréditaires de tirer parti d'une institution de notre Droit successoral, *la séparation des patrimoines*, contribue à rendre moins imparfaite la faillite *post mortem*. Ici, c'est la loi civile elle-même qui restreint les effets du principe de la succession à la personne, comme elle le fait encore et plus complètement dans l'hypothèse où l'héritier à accepté sous *bénéfice d'inventaire*.

Nous confrontons au texte l'idée de faillite et l'idée *pure* de la continuation de la personne. La séparation des patrimoines et le bénéfice d'inventaire sont des tempéraments au principe ; nous les envisagerons plus loin.

du principe de la continuation de la personne, il serait nécessaire que le dessaisissement complet fut attaché à la cessation des payements, comme sous le Code de commerce de 1807, et non pas seulement au jugement déclaratif, comme le veut la loi de 1838. Alors, qu'importerait aux yeux des créanciers héréditaires, demandant l'ouverture de la voie collective, que l'héritier continue la personne de leur débiteur mort ayant cessé ses payements. De toute manière, c'est à titre de masse autonome et inerte, déjà sous la main de la justice, que le patrimoine héréditaire aura été transmis, si la faillite est postérieurement déclarée. Tout se passerait en théorie comme si le jugement de faillite ayant été rendu avant le décès, la procédure de liquidation avait été poursuivie contre l'héritier. Mais il y a une grande différence en pratique : la succession est reconstituée dans ses éléments par rétroactivité, d'une part, au moyen d'une série de jugements d'annulation pris contre les tiers et entraînant des frais et des complications de toutes sortes, et, d'autre part, en portant atteinte à des situations juridiques que les défendeurs de bonne foi croyaient solides et définitives. Le législateur de 1838, frappé des dangers d'un pareil système lorsque le débiteur est vivant, a condamné justement la rétroactivité de dessaisissement général ; il ne saurait être question de revenir à la conception de 1807 pour assurer législativement, *sans toucher directement à la règle civile de la continuation de la personne*, le libre jeu de la faillite posthume d'un obligé décédé en état de cessation de payements[1].

(1) La non-rétroactivité des effets du jugement déclaratif au jour de la cessation des payements, quant au dessaisissement général, est d'une nécessité pratique plus grande lorsque le débiteur est mort avant l'ou-

A plus forte raison, ne saurait-on songer à un retour au principe du Code primitif, si l'on croyait utile d'organiser la faillite successorale véritable, celle qui pourrait s'ouvrir même si le débiteur n'avait avant sa mort manqué aucune échéance. Qui ne voit, en effet, les difficultés inextricables auxquelles donnerait naissance, la loi qui déciderait, l'héritier succédant toujours à la personne, que les conséquences du dessaisissement remonteraient au jour du décès, sous prétexte qu'à cette époque le mauvais état des affaires du défunt, apparu seulement par la suite, existait déjà et a été la seule cause de la faillite postérieure ?

Ainsi donc, et c'est une première conclusion, l'idée de la continuation de la personne et l'idée de la faillite successorale sont absolument inconciliables. A vouloir la réalisation de celle-ci, il faut de toute nécessité abandonner celle-là ; la procédure collective quelles que soient les transformations qu'on lui fasse subir ne peut pas, pratiquement, s'adapter à un régime successoral qui dissout par définition le patrimoine du défunt dans celui de l'héritier ; pour qu'il soit permis d'envisager la création d'une faillite successorale, *le législateur devrait d'abord opérer une réforme de droit civil pur : un aménagement des lois de procédure et d'exécution forcée ne suffirait pas.*

5. — Or, au régime de la continuation de la personne s'oppose le régime de la *succession aux biens*, dont

verture de la procédure que dans l'hypothèse ordinaire de sa survie. En effet les tiers risquent fort d'ignorer cette cessation des payements : le successeur (qui a accepté purement et simplement) peut habiter fort loin du domicile du défunt ; de plus c'est avec l'héritier, souvent non-commerçant, que ces tiers traitent se fiant à sa solvabiliié apparente et sans penser à la possibilité d'une faillite posthume touchant les biens d'un individu qu'ils n'ont pas connu.

le principe est d'origine germanique et que les Droits anglais et allemand modernes ont entendu adopter. Avec un tel système de transmission, l'institution d'une faillite successorale ne rencontrerait aucun obstacle de droit.

Alors, en effet, le patrimoine du défunt conserve son individualité. Ne se confondant pas avec celui de l'héritier, il reste le gage exclusif des créanciers héréditaires. A ce point de vue, le débiteur décédé est censé vivre encore. Mais la mort de l'obligé a fixé définitivement la composition active et passive de la masse ; inerte est désormais le patrimoine. Bien mieux, c'est cette masse même qui doit[1] et non

(1) La théorie de la succession aux biens est intimement liée à la *théorie objective du patrimoine* qui consiste à considérer celui-ci comme normalement doté d'une existence propre, spéciale et matérielle, et à donner une réalité à la masse économique des biens et dettes qui le composent. La théorie traditionnelle est tout autre : le patrimoine n'est qu'une fiction, une façon commode de s'exprimer, non point une réalité tangible. Le patrimoine ne saurait se concevoir, détaché de la personne de son titulaire, car en définitive il n'est pas d'autre chose, selon les expressions d'Aubry et Rau (4e éd. VI, p. 229, 5e éd. IX, p. 333), que « la personnalité même de l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer....., sa puissance juridique considérée d'une manière absolue et dégagée de toutes les limites de temps et d'espace....., une émanation de sa personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle » (Planiol, I. n° 2148 ; Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 3e éd. p. 242, Colin et Capitant, I. p. 693). C'est à cette conception aujourd'hui encore classique que s'apparente étroitement la théorie de la continuation de la personne. Elle avait conduit les romains à la *bonorum venditio*, faillite dans laquelle le *bonorum emptor* prennait la place du débiteur insolvable et succédait, entre vifs, à ses droits et obligations. La théorie subjective porte encore en son sein une notion de l'ayant cause à titre universel que la théorie objective répudie, tandis que celle ci suppose la matérialisation des créances et des dettes *ut singuli*. (Sur ces systèmes voyez encore : Gazin, *Essai critique sur la notion du patrimoine*, thèse Dijon, 1910 ; Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, thèse Paris, 1903; Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en Droit privé français*, thèse Bordeaux, 1916).

Nous n'aurons pas à prendre parti entre la conception subjective et la

plus une personne maître des éléments qui la composent, libre d'aliéner ou d'acquérir, libre d'assurer la charge de dettes nouvelles. Aussi bien le successeur n'est-il pas un débiteur vis-à-vis des créanciers héréditaires ; il n'est tenu envers eux que *propter rem, cum viribus,* parce que le patrimoine du défunt est entre ses mains. Il en a, certes, la propriété, mais son droit pour l'instant est théorique, car tous les actes de disposition lui sont interdits. Il conservera le surplus de l'actif dont les valeurs s'incorporeront, seulement après l'extinction du passif, à son patrimoine propre, sur lequel les créanciers successoraux ne peuvent jamais réclamer leur payement[1].

6. — Si tel est bien le seul système de transmission après décès, qui permette la création d'une faillite successorale, il conviendra semble-t-il lorsque nous aborderons le fond du débat de discuter de sa valeur et de rechercher si le législateur ferait œuvre saine et utile en l'introduisant dans notre Droit, au lieu et place du système de la succession à la personne. Il y a là, nous l'avons annoncé, une question préjudicielle et de Droit civil pur, distincte de la question proprement dite de la faillite successorale. On aurait tort, cependant, d'exagérer cette idée et de séparer entièrement les deux problèmes législatifs. La méthode la

---

conception objective du patrimoine ; nous discuterons seulement de l'idée de faillite successorale et de l'idée de succession aux biens, qui peuvent être isolées et même rattachés à d'autres principes ou justifiées par la simple utilité sociale. Il est certain toutefois que l'institution en Droit français de la faillite successorale contribuerait à battre en brèche l'ancienne notion du patrimoine. Voyez plus loin une nouvelle restriction de notre sujet.

(1) Du moins si l'on va jusqu'au bout de l'idée de succession aux biens. L'on conçoit en effet un pareil régime qui ne fonctionnerait qu'au profit des créanciers du défunt, non au profit de l'héritier.

plus sûre, celle que commande notre sujet principal, consiste, en effet, à nous prononcer avant tout sur l'opportunité ou l'inutilité d'une faillite de l'hoirie. Se déclare-t-on partisan de son institution, on sera obligé par voie de conséquence logique d'admettre l'introduction dans la loi civile de la règle de la succession aux biens, mais — et voici l'essentiel — *non point en toute hypothèse, seulement au contraire dans les espèces qui forment le domaine rationnel de la faillite successorale.* Il devient alors évident que la discussion du principe supérieur considéré en soi sort du cercle de nos recherches, car pour en justifier l'abandon partiel, uniquement en vue d'assurer le libre fonctionnement d'une faillite, il suffira, le cas échéant, d'invoquer la nécessité pratique de celle-ci[1].

Cette considération et cette restriction de notre sujet présentent un intérêt manifeste, si l'on songe que précisément la loi française elle-même écarte la dissolution du patrimoine du défunt, en des matières qui

(1) Les arguments que l'on fait valoir en faveur du système de la succession aux biens sont en effet de deux sortes. On affirme en premier lieu que la règle de la succession à la personne lèse l'équité en mettant à la charge de l'héritier souvent plus de dettes qu'il ne reçoit de biens, et qu'au surplus elle va à l'encontre de l'intérêt social : ne faut-il pas faciliter la vie des jeunes générations et pour cela ne point faire servir leur travail à l'acquittement des obligations de leurs parents ?

Les partisans de la règle traditionnelle répondent en insistant sur la haute portée morale et sur l'intérêt du crédit chirographaire et mettent en avant pour la justifier, l'idée de solidarité familiale. (Discussion à la Société d'études législatives, opinion de M. A. Colin, Bulletin, 1911, p. 30 et 50 ; Colin et Capitant, III, p. 579 et 580).

A côté de cette catégorie d'arguments en figure un autre : Le régime de la succession aux biens est indispensable si l'on veut l'organisation d'une faillite successorale. Cette dernière idée conduit, à elle seule, à repousser le système de la continuation de la personne, mais uniquement dans les hypothèses ou l'utilité d'une liquidation collective de l'hérédité aura été préalablement reconnu. Etudiant la question de la faillite successorale nous n'aurons donc pas à prendre parti sur la question civile considérée isolément dans son ensemble.

apparaissent bien *a priori* devoir constituer le champ d'application normal de la liquidation collective après décès. Nous faisons allusion à deux institutions qui corrigent le principe de la succession à la personne : *le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines*. Il faut donc se demander, d'une part, si l'effet de ces régimes satisfait suffisamment à la règle de la succession aux biens pour qu'une faillite de l'hoirie y soit possible, et d'autre part, si les espèces où ils jouent, sont ou non exactement celles pour lesquelles on pourrait estimer utile la création de la procédure envisagée. Mais pareil examen suppose connue la nature propre de la faillite successorale. C'est l'étude de celle-ci qui retiendra d'abord notre attention.

§. **III**. — *L'énoncé du problème de la faillite successorale réduit à sa plus simple expression : la liquidation égalitaire des successions reconnues obérées ou insolvables ; la réforme, dans l'intérêt des créanciers héréditaires, des règles de procédure et de certaines règles de fond gouvernant le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines, la vacance de la succession.*

1. — La faillite successorale[1] nécessite donc un régime civil de succession aux biens. Cette idée nous suffit pour l'instant : elle permet de fixer par voie de conséquence les traits généraux les plus caractéristiques d'une procédure collective appliquée à l'hérédité.

La faillite successorale différerait profondément de la faillite d'un débiteur non décédé.

(1) Et aussi la simple faillite posthume au point de vue rationnel, ainsi que nous l'avons expliqué.

Elle ne saurait être d'abord, à l'état de simple menace, une voie coercitive, une sanction du droit de créance, particulièrement bien construite et efficace à l'égard des obligés récalcitrants. Qui contraindrait-elle à l'*exécution* ? Le débiteur ? Il est mort. Le successeur ? Il ne doit pas ! Les créanciers n'ont pas à redouter le mauvais vouloir d'un individu solvable : c'est la masse héréditaire qui est obligée envers eux ; or, cette masse est naturellement inerte et sans volonté. Aussi convient-il d'écarter en la matière tout ce que nous avons écrit touchant la vertu comminatoire de la faillite ordinaire. Le législateur se dispenserait de munir la voie successorale d'un effet coercitif universel ; d'autre part, il n'aurait point à parer aux fâcheux inconvénients qui résultent de la réaction du débiteur effrayé.

C'est dire combien plus simple devient le problème ; c'est dire aussi que les seuls arguments qui pourront militer en faveur de la faillite successorale auront trait au principe d'égalité, dont on voudra peut-être une sanction meilleure, et à quelques considérations de simplicité et d'économie. Et il est bien évident qu'ici, l'obligé ne fuyant pas devant la faillite, la loi obtiendra sans difficulté la distribution rigoureusement égalitaire des biens existants au jour du décès, entre les créanciers non encore payés à cette date[1].

(1) La faillite successorale ne peut assurer le respect complet de la règle d'égalité c'est-à-dire répartir au marc le franc, entre tous les créanciers non payés au jour où l'insolvabilité a commencé, la valeur des biens contenus à cet instant-là même dans le patrimoine débiteur. Le déséquilibre entre l'actif et le passif a, le plus souvent en effet, pris naissance bien avant l'époque de la transmission héréditaire. D'autre part en thèse générale, la condition d'ouverture de la voie collective (en Droit com-

Aucune répartition intempestive de l'actif entre certains créanciers en vue de retarder la faillite n'est possible désormais : les dispositions de fond du Droit civil ont *dessaisi* le débiteur, mort sans continuateur, mieux que ne le ferait un jugement déclaratif.

De cette dernière idée découlent, d'ailleurs, d'autres conséquences. Ainsi, l'origine des effets de la faillite successorale déclarée et la date véritable de son ouverture seraient non pas le jour de la décision qui la prononce, mais bien celui du décès. Ce n'est là qu'un détail, mais qui permet de toucher du doigt le fait que le Droit successoral lui-même, par l'application du système de la succession aux biens, a accompli, à l'avance et alors même qu'aucune procédure collective n'interviendrait par la suite, toute une partie de l'œuvre qui, lorsqu'il s'agit de la faillite d'un débiteur vivant, est entièrement celle des lois de procédure. Et ce régime de transmission héréditaire non seulement place le patrimoine du *de cujus* sous la main de la justice, en le rendant indisponible dès le décès, mais encore entraîne nécessairement une liquidation de cette masse : il faudra éteindre le passif avec les

---

mercial la cessation des payements) ne s'est pas réalisée avant le décès. Le principe de la sécurité dans les contrats et l'intérêt des tiers de bonne foi (ceux qui ont ignoré l'insolvabilité, toujours facile à dissimuler) s'opposent dans ces conditions, à la reconstitution rétroactive du patrimoine au jour où le passif l'a emporté sur l'actif (voyez notre chapitre précédent, S. 1, §. 1). En ce qui concerne donc les actes passés par le débiteur avant son décès suivi de l'apparition du signe de la faillite successorale, la règle rationnelle ne peut être en législation que la parfaite validité, sous réserve cependant des effets d'une action paulienne plus ou moins perfectionnée.

Si l'on désire une sanction meilleure du principe d'égalité il faut inciter le débiteur vivant à cesser ses payements et à s'abstenir de distribuer son actif aux créanciers premiers en rang d'échéance ; il faut en d'autres termes provoquer l'ouverture volontaire de la faillite *avant le décès ;* la question n'appartient donc pas au problème de la faillite successorale.

seules valeurs qu'elle contient, et faire apparaître le reliquat d'actif qui, après ces opérations, passera seul dans le patrimoine de l'héritier.

Or, dessaisir et liquider, telles sont les deux phases et les deux rôles de la faillite ouverte[1]. Quant au dessaisissement, le législateur, qui sous un régime véritable de succession aux biens organiserait une voie collective, n'aurait pas à intervenir à nouveau. Quant à la liquidation nécessaire, il appartient à la loi d'en déterminer le mode et de dire quelle personne l'opérera[2]. Voilà bien la seule question de procédure qui se pose en la matière, et voici alors le seul aspect du problème de la faillite successorale : serait-il utile, au moins en certaines hypothèses, d'aménager la liquidation de cette hérédité déjà inerte, sur le modèle de la faillite commerciale dans le cas de l'*union* ?

2. — Marquons bien que d'autres systèmes de liquidation se présentent au choix du législateur. Au lieu de remettre l'administration du patrimoine successoral à un syndic nommé par les créanciers, et lui donner mandat de poursuivre le recouvrement de toutes créances, ainsi que la vente de tous éléments de l'actif, pour distribuer à chaque ayant-droit une somme proportionnelle à leur production sous le contrôle du tribunal, on pourra décider que l'héritier lui-

(1) La procédure de faillite peut aussi aboutir a un concordat, mais cette solution est inconcevable sous le régime de la succession aux biens. Le concordat a pour résultat de remettre le débiteur à la tête de son patrimoine ; or ici, le débiteur est décédé et personne ne le continue. Sans doute un traité est possible entre les créanciers du défunt et l'héritier : celui-ci prendra la charge des dettes réduites à un dividende et recevra tout l'actif, mais le premier effet de ce traité sera d'écarter précisément le système de la succession aux biens.

(2) Et par conséquent administrera la masse héréditaire.

même sera de plein droit chargé de cette mission et jouera à tous égards le rôle d'un syndic. Rien n'empêche aussi de laisser cet héritier libre d'organiser la liquidation comme il l'entend tout en restant un simple administrateur responsable, et de l'autoriser à toucher les créances ou vendre les biens sans formalités spéciales ou avec des formalités simplifiées. En ce qui concerne la distribution des deniers, il ne résulte nullement du principe de la succession aux biens qu'elle doive être égalitaire : pourquoi l'héritier ne payerait-il pas les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent, jusqu'à ce que le produit de la vente des biens successoraux soit complètement épuisé ?

Chacun de ces modes a des avantages et des inconvénients ; le problème consiste à déterminer quel est le meilleur et à admettre ou à rejeter un système de liquidation qui mériterait le nom de faillite. Mais c'est fort mal poser la question que de l'énoncer en des termes aussi généraux.

Nous venons de le dire : seule la nécessité d'assurer l'égalité entre les créanciers peut conduire à la faillite successorale ou à tout autre régime imbu de son esprit ; la distribution égalitaire et collective apparaît dès lors une complication parfaitement inutile lorsque le débiteur, en l'espèce la masse héréditaire, possède plus de biens que de dettes. Notre problème législatif ne concerne, par conséquent, que les successions insolvables, et revêt rationnellement la forme que voici : Faut-il lorsque le *de cujus* est mort insolvable adopter pour la transmission de son hérédité le régime de la succession aux biens et liquider son patrimoine selon une procédure imitée de l'*union* ?

Et il s'agit de savoir en pratique, pour maintenir à cet énoncé toute sa valeur, si l'infériorité de l'actif peut constituer la condition judiciaire de la procédure collective, autrement dit si la preuve de l'insolvabilité est ici possible et facile avant la discussion matérielle du patrimoine. L'attitude du débiteur ne fournira aucun indice, puisque nous supposons, par hypothèse, que le mauvais état des affaires n'est point apparu avant le décès. Depuis, c'est la masse qui doit, être juridique inerte et sans volonté. Sans doute, la pénurie éclatera, si on laisse les créanciers opérer librement des saisies : une série de poursuites infructueuses révèlera la déconfiture au sens moderne du mot. Mais l'on ne saurait attendre cet instant, car le premier effet de la faillite ainsi ouverte serait la reconnaissance des droits acquis après le décès par les créanciers les plus diligents. Ce que nous avons écrit contre la théorie classique des signes externes de l'insolvabilité et l'organisation de la déconfiture demeure, cependant nous allons aboutir à un système assez voisin en apparence, quoique, au fond, très différent.

Il existe, en effet, un moyen extrêmement commode pour découvrir l'insolvabilité d'une succession ou tout au moins pour déterminer avec une précision suffisante aussitôt après le décès, si la pénurie est ou non probable. Ce procédé réside dans l'examen de l'*inventaire :* tableau détaillé des éléments actifs de l'hérédité. Complété par une estimation des biens, accompagné d'une procédure mettant les créanciers en demeure de se faire connaître, l'inventaire permettra une saine appréciation des forces successorales. Muni des perfectionnements indiqués, il constitue une discussion avant la lettre. Faisant la part des frais et

tenant compte des surprises aux enchères, les intéressés sont, grâce à lui, mis en mesure de juger si la succession est certainement insolvable ou solvable ou tout au moins si sa solvabilité est douteuse.

Et remarquons, d'ailleurs, que l'inventaire pur et simple apparaît bien une opération nécessaire sous le régime de la succession aux biens, au point de former *en pratique* une des conditions de son fonctionnement normal. Sans doute, suffit-il en théorie que la loi supprime la désagrégation du patrimoine héréditaire et interdise à l'héritier de disposer de ses éléments à peine de nullité. Si une contestation vient à s'élever sur l'origine de tel ou tel effet matériellement détenu par l'héritier, les intéressés établiront son caractère successoral selon le Droit commun des preuves, en justifiant de la propriété du défunt. C'est une situation analogue qui se présente en matière de distraction de saisie et dans l'hypothèse où, en l'absence d'un inventaire, la femme commune exerce ses reprises mobilières contre son mari[1]. De même, agit le syndic dans la faillite posthume ouverte selon les termes de l'article 437, 2me et 3me alinéa, du Code de commerce, en supposant une acceptation pure et simple de la part de l'héritier : il poursuit la reconstitution du patrimoine successoral au moyen des renseignements fournis par les livres et papiers du défunt. Mais il n'est pas besoin d'insister sur les inconvénients d'un pareil système. Si l'on veut maintenir

(1) L'article 1504, 3e al., admet la femme à prouver la consistance du mobilier à elle échu au cours du mariage, par tous moyens et même par la commune renommée. Contre les tiers, les créanciers du mari, la femme doit prouver son droit par l'inventaire, contrairement au système du Droit coutumier et du Droit écrit qui laissait aux époux l'usage du Droit commun des preuves. Colin et Capitant, III, p. 206.

l'hoirie à l'état de masse indépendante, la distinction du patrimoine du défunt et de celui du successeur doit être effective ; il faut au moins, en pratique, que la liste des biens mobiliers composant l'actif du débiteur décédé soit dressée dans un bref délai après la mort.

L'inventaire est donc une formalité normale, sinon essentielle sous un régime de succession aux biens. D'autre part, complété par une estimation et une procédure sommant les créanciers de produire, il permet une comparaison sérieuse et facile entre l'actif et le passif. Rien ne s'oppose dès lors, à ce que la condition judiciaire du jugement déclaratif en matière de faillite successorale, soit la preuve de l'insolvabilité : preuve directe par une discussion sur le papier et non point preuve indirecte par la justification en justice d'un signe externe de la déconfiture. Quant aux successions obérées, celles dont la solvabilité reste douteuse après l'inventaire, il s'agit de savoir si le législateur doit les soumettre à la faillite ou bien les assimiler aux hérédités solvables, ou encore, pour ménager à la fois la mémoire du défunt et l'intérêt éventuel des créanciers, en organiser la liquidation sur un mode égalitaire simplifié.

Quoi qu'il en soit de ces diverses solutions, parmi lesquelles nous aurons plus tard à choisir, nous pouvons affirmer que le problème de la faillite successorale ne concerne que les hérédités obérées et que la détermination de la cause juridique d'ouverture de cette voie collective ne soulève aucune difficulté : ici, contrairement à ce qui se passe lorsque le débiteur vit encore, la loi peut charger le juge d'éliminer lui-même du champ de la faillite les patrimoines pour

lesquels elle n'est point faite. *En matière successorale, grâce à l'inventaire, l'insolvabilité cesse d'être un rapport secret entre l'actif et le passif.*

3. — La notion de faillite successorale ainsi dégagée et définie par ses conditions législatives, son but, sa cause rationnelle d'ouverture, il reste à poser le problème de sa création, dans le cadre du Droit français actuel. A cet effet, il convient d'y déterminer quel est le statut des successions insolvables ou dont la solvabilité est douteuse.

Notre législation écarte l'obligation indéfinie de l'héritier lorsque ce dernier a accepté sous bénéfice d'inventaire. Il y a là une dérogation au principe de la continuation de la personne, dont se prévaudra le successeur qui connaît ou présume l'infériorité de l'actif. Pour que l'on puisse écrire que le problème de la faillite successorale en Droit français se ramène à la question de savoir si le Code doit organiser la liquidation de l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire, en empruntant à la faillite commerciale les règles de l'union, il faudrait en premier lieu que ce mode de transmission après décès obéisse à tous égards au principe de la succession aux biens et en deuxième lieu que toutes les hérédités obérées soient en fait acceptées de cette manière et celles-là seulement.

Dans la réalité des choses, il en va, à la vérité, assez différemment.

L'héritier bénéficiaire ne cesse pas en principe de continuer la personne de son auteur. La loi lui fait une faveur en lui permettant de soustraire ses biens propres aux poursuites des créanciers du défunt, elle

n'a pas en vue l'intérêt de ces derniers[1]. Aussi bien le patrimoine successoral ne devient pas une masse frappée d'indisponibilité et dont la composition active et passive est définitivement arrêtée. Les actes passés par l'héritier sur les biens du *de cujus*, sont pleinement valables et opposables aux créanciers, encore bien que les formes prescrites par les articles 805 et 806, C. civ., n'aient pas été observées[2]. De même, l'héritier bénéficiaire ne répond que de ses fautes graves dans l'exercice des droits du défunt, lorsqu'il en est résulté un préjudice pour les créanciers. Ajoutons encore que les acquéreurs d'immeubles peuvent opérer la transcription nonobstant le décès et les cessionnaires de créances la signification de l'article 1690, et que les porteurs d'actes sous-seing privé non enregistrés pourront les opposer à la succession malgré leur défaut de date certaine, solutions nettement contraires à l'idée d'indisponibilité complète que contient la notion de succession aux biens.

Cependant aux termes de l'article 2146, les inscriptions de privilèges et hypothèques ne produisent aucun effet entre les créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, si elles ont été prises après le décès[3]. D'autre part, selon la jurisprudence la séparation des patrimoines se produit de plein droit : les créanciers héréditaires, sans avoir à accomplir aucune formalité ,excluent sur les biens du *de cujus* les créanciers de l'héritier bénéficiaire. Les

(1) L'article 802 C. civ. est fort net à cet égard : « L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier *l'avantage...* »

(2) La seule sanction des règles édictées par les articles 805 et 806 C. civ. est la déchéance du bénéfice d'inventaire, (art. 989 C. de procédure).

(3) Planiol, *Un effet oublié de l'acceptation bénéficiaire*, (Rev. crit. 1891, p. 486 et suiv.).

droits de ce dernier ne s'éteignent ni par confusion, ni par consolidation, l'art. 802-2°, lui permet de réclamer le payement de ses créances contre la succession. Bien plus, l'article 803, 1er alinéa, le considère comme un administrateur qui « doit rendre compte de son administration aux créanciers et légataires », et l'article 807, 1er alinéa, permet aux intéressés d'exiger qu'il donne « caution bonne et solvable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires ».

Une jurisprudence audacieuse, mais définitivement établie, autorise même les créanciers et les légataires à demander la destitution de l'héritier bénéficiaire comme administrateur, lorsqu'il compromet leurs intérêts, et la nomination à sa place d'un curateur[1].

De telles solutions sont évidemment contraire au principe de la continuation de la personne. Somme toute, le statut de l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire apparaît bien plus voisin du régime de la succession aux biens que du régime traditionnel, surtout si l'on incorpore les décisions de la jurisprudence au texte même de la loi. Le législateur n'accomplirait donc point une grave réforme en soumettant à tous égards, l'hérédité bénéficiaire à la règle de la succession aux biens ; il réaliserait un simple perfectionnement, il achèverait d'introduire dans le Code toutes les conséquences qui découlent de l'idée déjà prédominante en la matière.

Et pour que le problème de la faillite successorale

(1) Cass. Req. 5 août 1846. D. 46. 4. 467 ; Paris, 5 juin 1891, D. 94. 2. 81, note de M. Planiol ; S. 93. 2. 113, note de M. Wahl ; Paris, 9 février 1892, D. 92. 2. 229 ; S. 93. 2. 113.

soit enfermé dans le domaine du bénéfice d'inventaire, que faudrait-il au surplus ? Il suffirait que toutes les successions obérées et celles-là seules soient soumises à ce système de transmission.

Qu'en est-il dans notre Droit ? L'article 795 donne trois mois à l'héritier pour faire inventaire à compter de la succession et quarante jours pour délibérer. D'autre part, l'article 794 subordonne l'acceptation bénéficiaire, à la confection d'un « inventaire fidèle et exact des biens de la succession dans les formes réglées par les lois sur la procédure[1] ». Le Code laisse à l'héritier le temps de la réflexion et lui fournit les moyens d'apprécier les forces de l'hérédité. Le successeur se gardera donc de faire addition pure et simple s'il a des doutes sur la solvabilité du défunt ; l'acceptation bénéficiaire semble bien être pour les tiers le signe tangible de ce doute ; on pourrait dire qu'en faisant inscrire au greffe sa volonté d'échapper à l'obligation indéfinie, l'héritier publie le résultat de l'inventaire[2] et marque que la succession est obérée.

Mais, il ne faut pas aller aussi loin, pour de multiples raisons. D'abord, l'héritier s'est peut-être trompé, il a accepté purement et simplement, alors que la succession est en réalité insolvable. Comment cela arrivera-t-il, alors qu'il est le premier intéressé à éviter une erreur ? La faute en est à l'insuffisance de l'inventaire ; cet acte révèle bien la consistance de l'actif mobilier et détermine avec assez de précision sa valeur, mais il ne fait pas apparaître le montant réel du passif : il porte seulement l'existence des titres

(1) Art. 941-944 C. proc. civ.

(2) La déclaration au greffe peut cependant précéder l'inventaire.

trouvés dans les papiers du défunt et d'où résulte une obligation de celui-ci. De nombreuses dettes resteront insoupçonnées, avant que l'héritier prenne partie ; ainsi aura-t-il pu croire à la solvabilité parfaite, alors qu'en réalité le passif l'emporte de beaucoup sur l'actif. Pour qu'il en fut autrement, il faudrait instituer une procédure de sommations publiques, invitant à peine de forclusion les créanciers à se faire connaître dans les délais laissés au successible pour délibérer.

D'autre part, la loi impose l'acceptation bénéficiaire au mineur acceptant, quel que soit l'état de la succession[1]. L'attitude de l'héritier n'a donc ici aucune espèce de signification. Il en serait différemment si la loi ayant institué l'inventaire perfectionné dont nous avons parlé, autorisait le conseil de famille à donner au mineur la qualité d'héritier pur et simple.

Enfin, les dispositions des articles 748 et 779, tels que la jurisprudence les a interprétés, constituent « un véritable piège légal » tendu à l'héritier. Tous les actes qui ne seront point purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire, valent acceptation tacite, quand bien même ils ne supposeraient pas nécessairement *en fait* une intention d'accepter[2]. Il est encore facile d'imaginer sur ce point une réforme utile qui n'attribuerait la qualité d'héritier pur et simple qu'au successeur qui a entendu la prendre *délibérément*[3].

Ainsi, ni toutes les successions obérées sont acceptées sous bénéfice d'inventaire, ni toutes les accepta-

(1) Art. 461 C. civ.
(2) Voy. notamment, Cass. 8 nov. 1887, S. 90. 1. 503.
(3) Colin et Capitant, III, p. 582.

tions bénéficiaires supposent une hérédité obérée, mais une organisation meilleure des conditions de la faveur accordée à l'héritier conduirait pratiquement à faire de son addition restreinte une présomption de l'insolvabilité du défunt et la cause d'ouverture d'une liquidation égalitaire. Le champ du problème de la faillite successorale comprendrait donc dans ces circonstances tout le domaine du bénéfice d'inventaire et deviendrait le problème de la réforme, dans l'intérêt des créanciers, des règles de fond qui le régissent et du mode de liquidation qu'il entraîne. Une pareille conclusion appelle cependant une réserve : nous allons constater que la question de la faillite successorale embrasse d'autres hypothèses, si bien que le bénéfice d'inventaire restera seulement le centre de notre sujet.

4. — Le successible, en effet, accepte souvent purement et simplement la succession qu'il sait insolvable. Il veut, par devoir de famille, payer de ses deniers les dettes de son auteur. De sa décision, les créanciers héréditaires ne sauraient se plaindre. Et dans cette espèce, la question de la faillite successorale ne se pose plus[1]. Mais l'héritier peut être lui-

(1) Cependant il arrive lorsqu'il y a plusieurs héritiers que les uns acceptent purement et simplement et les autres sous bénéfice d'inventaire, la succession étant obérée. La doctrine est unanime à regretter que la loi permette aux cohéritiers l'adoption de partis différents. On voudrait qu'ils délibérassent en commun et qu'en cas de désaccord l'acceptation bénéficiaire soit imposée à tous, comme dans l'espèce de l'article 782. (Voyez notamment Colin et Capitant, III, p. 475).

Ainsi l'ensemble de l'hérédité serait soumise à un seul mode de liquidation et le système de la succession aux biens pourrait fonctionner sans entrave sur la totalité de l'hoirie. On ne peut donc manquer d'approuver le désir des auteurs. Cependant nous pensons qu'il faudrait que la réforme fût uniquement une réforme de procédure : chaque héritier conserverait le droit de choisir entre les deux sortes d'acceptation, mais il suffirait

même insolvable, alors les créanciers du défunt subiront un préjudice si l'insolvabilité de celui-ci était moins grave que celle du successeur. La loi française vient au secours de ces créanciers, en leur donnant un privilège sur les biens de l'hérédité : *la séparation des patrimoines*, qui n'empêche point l'acceptant pur et simple de continuer la personne du *de cujus*.

Il suffit que les intéressés invoquent la loi pour écarter sur les biens du défunt les créanciers personnels du successeur, mais le privilège s'évanouit sur les meubles après trois ans ou lorsqu'ils ont été aliénés ; sur les immeubles, il suppose pour pouvoir être exercé une inscription, qui, selon la jurisprudence et malgré les termes de l'article 880, confère un droit de suite au créancier. Il semblerait donc, tout au moins quant aux meubles, que la séparation des patrimoines risque fort d'être un avantage purement théorique en faveur des créanciers successoraux, l'héritier n'étant pas dessaisi. En réalité des mesures conservatoires : apposition des scellés, inventaire, séquestre des meubles, saisie-arrêt des créances successorales[1], permettent aux créanciers séparatistes diligents de sauvegarder utilement leurs droits en empêchant la confusion de fait entre le patrimoine du *de cujus* et celui de l'héritier. Ces mesures conservatoires interrompent, d'ailleurs, la prescription de trois ans édictée par l'art. 880, 1er alinéa, en ce qui concerne les meu-

---

que l'un d'eux ait accepté sous bénéfice d'inventaire pour que toute la succession soit soumise à ce régime ; *après la liquidation* les créanciers pourraient poursuivre les acceptants purs et simples sur leurs biens personnels, jusqu'à concurrence de la part du passif dont ils ont assumé la charge.

(1) Amiens, 22 mai 1889, S. 91. 2. 131. Colin et Capitant III, p. 613.

bles[1], et font obstacle à leur aliénation. La séparation des patrimoines mérite alors mieux son nom ; elle constitue, vue du côté des créanciers héréditaires, un régime très voisin du régime de la succession aux biens : la loi n'innoverait guère si elle se rattachait résolument au principe de ce dernier.

Voilà donc un nouveau domaine du problème de la faillite successorale. Mais il ne saurait y avoir possibilité rationnelle d'une procédure collective et égalitaire, chaque fois que joue la séparation des patrimoines. Cette situation juridique ne suppose point une succession insolvable ou obérée, il suffit que les créanciers héréditaires craignent l'insolvabilité de l'héritier ; si l'hoirie contient un actif suffisant, la substitution d'une liquidation égalitaire au système des voies d'exécution individuelles ne présente aucun intérêt. On aura à discuter de l'utilité de la faillite, seulement dans les hypothèses où la séparation des patrimoines est invoquée par les créanciers d'un défunt insolvable, contre un successeur également insolvable ayant accepté purement et simplement. Ici, la preuve du mauvais état des affaires successorales résultera de l'inventaire dressé à la requête d'un des créanciers séparatistes. Rationnellement aussi les intéressés réclamant l'ouverture de la voie collective devraient justifier de l'insolvabilité de l'héritier ; or, ce dernier est un débiteur vivant, le rapport de l'actif au passif dans son patrimoine est un fait secret : on ne dresse pas l'inventaire des biens et des dettes d'un obligé non décédé et non dessaisi. On serait donc logi-

(1) Cass. Req. 30 mars 1897, D. 98. 1. 153, note de M. Guénée ; S. 98. 1. 181 ; Colin et Capitant, III, p. 612.

quement amené, sur ce point, à laisser les créanciers séparatistes juges de leur intérêt et à les admettre à solliciter la liquidation collective, supposée opportune en législation, sur simple allégation de la pénurie chez l'héritier, lorsqu'ils rapporteraient la preuve par l'inventaire de l'insolvabilité de l'hérédité ou tout au moins en démontreraient la vraisemblance. La demande d'un seul créancier et l'ouverture de la voie égalitaire emporterait séparation des patrimoines au profit de tous.

Le problème de la faillite successorale se pose encore lorsque la succession est vacante, parceque personne ne la réclame, pas même l'Etat[1]. De cette situation de fait, il résulte nécessairement que le patrimoine du défunt subsiste à l'état de masse distincte et inerte. Dès lors aucun obstacle de droit ne s'élève contre l'idée d'une faillite successorale en pareille matière. D'ailleurs, une liquidation s'impose ici au profit des créanciers. Le Code en charge un curateur, véritable administrateur responsable nommé par le tribunal. Mais la loi n'organise pas une distribution égalitaire obligatoire. D'où la question : faut-il l'organiser ; faut-il aller même jusqu'à la création d'une faillite, au moins lorsque l'inventaire démontre l'insolvabilité que l'abstention de tous les successeurs faisait déjà présumer ?

Nous achevons, avec ces explications sommaires relatives aux successions vacantes, l'énumération des hypothèses dans lesquelles en Droit français le problème

(1) Planiol, III, nº 2035. — L'article 811 indique trois conditions pour qu'une succession soit vacante. En pratique cette situation de fait se produit dès que les héritiers du premier degré ont renoncé, ou lorsqu'il n'y a pas de successibles connus. Planiol, nº 2037 et suiv.

de la faillite de l'hérédité peut être rationnellement étudié. Il nous suffira, en manière de conclusion, de rassembler les idées que nous avons successivement dégagées ; elles tiennent en quatre principes :

1° La faillite successorale suppose un régime de succession aux biens ; elle est incompatible avec la règle de la continuation de la personne du défunt par l'héritier ;

2° Le seul intérêt de la création d'une faillite successorale serait la nécessité d'assurer l'égalité entre les créanciers dans la liquidation de l'hoirie, non de leur donner une arme efficace contre un débiteur récalcitrant. Le champ du problème devient celui, uniquement, de l'insolvabilité déjà connue ou présumée, grâce à l'inventaire ; il cesse de s'étendre à tout le domaine des voies d'exécution ;

3° Or, la loi française écarte déjà à de nombreux points de vue le régime de la continuation de la personne, dans les hypothèses où intervient en fait le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines, la vacance de la succession ;

4° D'autre part, ces espèces concrètes englobent, ou engloberaient facilement par l'effet d'une réforme logique touchant les conditions du bénéfice d'inventaire, tous les cas d'hérédités insolvables ou obérées.

Il s'ensuit que le problème de la faillite successorale revêt en définitive la forme que voici :

Le législateur français doit-il (dans l'intérêt des créanciers héréditaires et pour assurer le respect du principe d'égalité) lorsque l'inventaire ou l'attitude de l'héritier révèlent que la succession est obérée ou seulement lorsqu'ils démontrent qu'elle est insolvable,

substituer aux systèmes de liquidation organisés par le Code une procédure imitée de la faillite commerciale parvenue à l'union, pareille réforme supposant une modification partielle des règles de fond qui gouvernent le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines et la vacance de la succession ?

Et l'on pourra apporter à la question ainsi posée une réponse négative, soit parce que l'on aura estimé que les modes de liquidation actuels des hoiries obérées[1] sont suffisants, soit parce que — et c'est l'idée intéressante — on aura pensé et montré qu'un simple perfectionnement conforme à leur esprit propre les rendraient parfaits. La faillite successorale n'est, en effet, qu'une des solutions possibles du problème de l'égalité forcée entre les créanciers du défunt, comme la faillite d'un débiteur non-commerçant vivant en est une d'un problème plus vaste : celui de la réforme de la sanction civile attachée à l'obligation chirographaire de somme d'argent.

(1) Il faudra donc formuler une appréciation critique de ces modes actuels de liquidation, avant de prendre parti dans le débat.

DEUXIÈME PARTIE

La Solution

I. — Problèmes annexes : faillite successorale, élargissement de la notion de commerçant, essai d'une solution.

II. — Problème proprement dit de la faillite civile, essai d'une solution.

Les quelques observations que nous plaçons en tête de notre deuxième et dernière partie forment en définitive la conclusion générale de nos précédents chapitres en même temps que la préface de ceux-ci.

On a marqué que le problème législatif, ordinairement appelé problème de la faillite civile, se décompose en trois questions distinctes. A une triple formule correspond une triple solution. Il faudra donc donner une réponse à chacun des trois énoncés et prendre parti sur la réforme des voies civiles d'exécution, l'élargissement de la notion d'acte de commerce et de commerçant, l'aménagement, dans l'intérêt des créanciers héréditaires, des modes selon lesquels il conviendrait de liquider les successions obérées ou insolvables.

Pour ne point rompre la suite logique de nos développements, on envisagera tout d'abord le problème de la faillite successorale défini en dernier lieu. Viendra ensuite la recherche de la solution à apporter, quant au point de savoir si la loi ne devrait pas considérer comme négociants certaines personnes physiques ou morales que notre Droit range aujourd'hui dans la catégorie des non-commerçants. Nous nous attacherons enfin au problème proprement dit de la faillite civile, à celui qui met en question la valeur législative de la sanction dont le Droit civil français munit la créance chirographaire de somme d'argent.

Ce triple examen, grâce à nos études antérieures où nous avons fixé toute une série de notions, aperçu les difficultés les plus graves du sujet, délimité le domaine exact de la controverse, apparaît facile à nos yeux

maintenant. Mais ce n'est point dire que tous les principes utiles aient été dégagés, ni que nous ayons terminé nos travaux d'approche ; le problème est posé, il est situé dans les espaces juridiques, on ne peut néanmoins penser qu'il soit près d'être résolu.

Ainsi faudrait-il rassembler les règles fondamentales de toute exécution forcée, rappeler la nature de l'obligation chirographaire, dresser un tableau synthétique des droits du créancier et des devoirs du débiteur, définir les rapports des créanciers entre eux et avec les tiers. Tâche utile mais immense ; si nous ne pouvons nous en affranchir tout à fait, du moins essayerons-nous de restreindre le plus possible la longueur de nos explications à cet égard. Sur tous ces points essentiels de nombreux auteurs ont d'ailleurs donné d'excellentes études : il y aurait quelque présomption de notre part à vouloir reprendre le même travail.

Au surplus cet ordre de recherches n'intéresse que le problème élémentaire principal touchant la réforme des procédures d'exécution ; il ne concerne pas les deux autres questions que nous pourrons donc traiter auparavant. Au contraire, l'examen critique des solutions positives adoptées par les législateurs des pays étrangers sur les trois points que nous distinguons mériterait d'être placé dès le seuil de notre deuxième partie, puisque cet examen commande l'ensemble de la matière. Nous préférons toutefois rattacher à chaque problème particulier l'exposé des systèmes selon lesquels il a été résolu en Droit comparé. Ici encore, nous nous contenterons des renseignements les plus indispensables, en renvoyant pour le détail aux ouvrages qui ont paru sur le sujet.

Le plan que nous avons adopté et que nous annonçons ci-dessous, éclairera les explications qui précèdent.

TITRE PREMIER. — **Les Problèmes annexes.**

CHAPITRE I. — **Le Problème de la Faillite successorale, essai d'une solution.**

SECTION I. — La liquidation des successions insolvables en Droit comparé, principalement dans les législations allemande et suisse. — SECTION II. — Principes de la solution du problème de la faillite successorale en Droit français.

CHAPITRE II. — **Le Problème de l'élargissement de la notion de commerçant, essai d'une solution.**

SECTION I. — Des Commerçants en Droit positif français et étranger ; les tendances jurisprudentielles et légales. — SECTION II. — La Réforme préconisée ; sa nécessité et son principe, les solutions positives proposées.

TITRE DEUXIÈME. — **Le Problème proprement dit de la Faillite civile, essai d'une solution.**

CHAPITRE I. — **Les fâcheux effets du système civil de l'exécution forcée en Droit français, leurs causes, nécessité d'une intervention législative.**

SECTION I. — Saisie et Egalité. — SECTION II. — Les autres vices du système civil de l'exécution forcée.

CHAPITRE II. — **Les solutions apportées au problème proprement dit de la Faillite civile par les principales législations étrangères.**

SECTION I. — Législations étrangères ayant institué une faillite commune aux commerçants et aux non-commerçants : Angleterre, Allemagne, Pays-Bas. — SECTION II — Législations étrangères connaissant une faillite civile distincte de la faillite commerciale : Hongrie, Pays Scandinaves, Espagne. — SECTION III. — La loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite. — SECTION IV. — Législations étrangères ayant essayé de perfectionner les institutions ordinaires d'exécution forcée : Belgique, Espagne, Portugal.

CHAPITRE III. — **La réforme législative proposée : le perfectionnement des voies civiles d'exécution.**

SECTION I. — Description sommaire d'un régime perfectionné d'exécution par saisies. — SECTION II. — Les inconvénients et les dangers de l'organisation d'une faillite civile.

TITRE PREMIER

Les Problèmes annexes
Faillite successorale
Elargissement de la notion de commerçant
Essai d'une solution

CHAPITRE PREMIER

Le Problème de la Faillite successorale
Essai d'une solution

La liquidation des successions insolvables ou obérées en Droit comparé. — Principes de la solution du problème de la faillite successorale en Droit français.

Nous parviendrons au but final de notre étude sur la liquidation du passif héréditaire, telle que nous l'avons antérieurement définie, en nous inspirant des expériences législatives dans les pays étrangers et en appréciant du point de vue théorique et pratique le système du Code civil français.

SECTION I.

La liquidation des successions insolvables ou obérées en Droit comparé, principalement dans les législations allemandes et suisse[1]

Les pays étrangers se divisent, à cet égard, en trois groupes.

Les uns, comme la Belgique, la Roumanie, les Etats de l'Amérique du Sud, ont adopté la double solution française : l'héritier ne cesse jamais complètement de continuer la personne du défunt, même lorsqu'il a accepté sous bénéfice d'inventaire ou que les créanciers du défunt ont réclamé la séparation des patrimoines ; par ailleurs, en ces dernières hypothèses, il n'existe point de liquidation égalitaire obligatoire, ni a plus forte raison de faillite successorale. Nous laisserons ces législations de côté.

D'autres pays, comme l'Allemagne et l'Angleterre, ont posé en principe que l'héritier ne continue pas la personne du défunt, et ils ont organisé des modes collectifs de liquidation, une faillite successorale notamment. Dans un premier paragraphe, nous exposerons l'essentiel du Droit allemand et donnerons un aperçu du Droit anglais.

Enfin, certains pays étrangers connaissent une procédure égalitaire légale pour opérer le règlement du passif d'une hérédité obérée, mais ils n'abandonnent pas la règle de la continuation de la personne : ils en

(1) Percerou, *Liquidation du passif héréditaire*, 2e partie, Droit comparé (Rev. trim. Dr. civ. 1905, p. 811 et suiv.). — Saleilles, *De la responsabilité de l'héritier en Droit comparé*, (Bull. Soc. d'Et. lég. 1911, n° 41, p. 470 et suiv.). — Thaller, *Des faillites en Droit comparé*, *op. cit.*, t. I. p. 125-199. — Roguin Ernest, *Successions en droit comparé*, t. I et III (Lausanne). — Boresco, *La Faillite de la succession en Droit comparé et principalement en Droit allemand*, thèse Paris, 1912. — Becqué, *Des effets de l'acceptation bénéficiaire en Droit français et comparé*, thèse Montpellier, 1911. — Grasserie (Raoul de la), *Du passif successoral*, 1896.

limitent seulement, à des degrés divers, le champ d'application et les effets. Tels sont la Suisse et l'Italie ; nous leur consacrerons un second paragraphe.

§. I. — *Législations allemande et anglaise : régime de succession aux biens, modes collectifs de liquidation, faillite successorale.*

Le Droit allemand et le Droit anglais, comme nous le verrons ultérieurement, soumettent à la faillite les commerçants et les non-commerçants vivants ; dans ces législations la faillite successorale est une institution toute naturelle ; c'est seulement celle-ci que nous étudions pour l'instant.

a). La liquidation du passif héréditaire en Droit allemand [1].

Pour plus de clarté et de simplicité, nous présenterons sous autant de rubriques spéciales : les principes de fond gouvernant le régime successoral allemand ; les moyens légaux de fixation de l'actif et du passif héréditaire ; les trois sortes de procédures de liquidation : curatelle de la succession, faillite, règlement au cas d'insuffisance de l'hérédité ; nous donnerons enfin, une appréciation critique de l'ensemble du système.

1. — *Principes fondamentaux de Droit civil.* — Le Code civil pour l'Empire allemand, entré en

(1) *Bibliographie.* — Percerou, *Liquid. du pas. héréd., op. cit.* (Revue trim. Dr. civ. p. 811 et suiv.). — Saleilles, *op. cit.*, (Bull. Soc. Etud. lég. 1911, p. 470 et suiv.) — Bequé, *op. cit.*, p. 329 et suiv. — Boresco, *op. cit.*, pp. 39-214.

Loi allemande sur la faillite du 10 février 1877, refondue par la loi du 17 mai 1898, traduction française de P. Carpentier, 1901. — *Code civil allemand*, traduit et amoté par MM. Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy Ullmann et Saleilles, t. III, p. 638 et suiv.

— Kohler, *Lehrbuch des Konkurrecht*, 1891 ; *Des faillites en Allemagne* (An. Dr. com. 1886-1887 p. 98 et suiv.) ; *Leitfaden des deutsches Konkursrecht*, 2e éd. 1903. — Plank, *Burgerliches Gezetzbuch Erbrecht*, t. 1, 1905.

vigueur le 1er janvier 1900[1], édicte les dispositions que nous allons commenter, au livre cinquième : « des successions », section deuxième : « de la situation juridique de l'héritier », articles 1942 à 2017.

L'idée première est que lors de l'ouverture de la succession deux partis seulement sont offerts à l'héritier ; il doit accepter ou renoncer (art. 1942), le droit allemand ne connaît pas l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. L'acceptation est expresse ou tacite, tacite si l'héritier laisse expirer le délai de six semaines[2], depuis qu'il a reçu connaissance de la dévolution, sans avoir répudié dans les formes légales (art. 1943, 1944, 1945). L'acte par lequel le successeur dispose d'un des biens de l'hérédité ne fait pas obstacle à l'exercice du droit à la répudiation (art. 1959)[3].

Après avoir posé ces principes, le législateur allemand traite dans un titre deuxième (art. 1967 à 2077), de la responsabilité de l'héritier quant aux obligations de la succession. Il stipule que celui-ci est tenu des dettes, charges et legs (art. 1967). Mais de quelle manière en répond-il ? Il faut distinguer. Tantôt il est obligé *ultra vires hereditatis*, personnellement et sur son patrimoine propre ; tantôt il est responsable *intra vires ;* en ce dernier cas fonctionne le système de la succession aux biens. La situation juridique de l'héritier par rapport aux créanciers de l'hoirie dépend de son attitude dans le temps qui suit l'acceptation.

(1) Pour le Droit antérieur sur la matière et les travaux préparatoires, voyez : Boresco, *op. cit.*, p. 39 et suiv.

(2) Le délai est de six mois lorsque le défunt avait son dernier domicile à l'étranger ou que l'héritier y a sa résidence au commencement du délai, art. 1944, 3e al.

(3) Mais la répudiation entraînerait la nullité de cette aliénation, à moins que l'intérêt de la succession commandât qu'elle fut faite sans retard (art 1952, 2e al.).

Aux termes de l'article 1975, la responsabilité de l'héritier se restreint à l'hérédité, lorsqu'une curatelle à la succession (Nachlasspflegschaft) est ordonnée ou que la faillite de la succession (Nachlasskonkurs) est ouverte. Il en va de même quand la valeur de l'actif ne peut couvrir les frais de ces procédures (art. 1982) ; l'article 1990 munit alors l'héritier d'une exception que certains auteurs appellent exception de carence (Erchopfungseinzede)[1]. Ce n'est point seulement les héritiers qui reçoivent de la loi le droit de réclamer la curatelle ou la faillite, mais encore les créanciers du défunt et les légataires (art. 1981). Ceux-ci agissent alors dans leur propre intérêt, contre le successeur dont les actes de dilapidation où l'insolvabilité pourraient leur porter préjudice. Ils entendent écarter sur les biens héréditaires les créanciers personnels de l'héritier. La curatelle et la faillite jouent donc un double rôle ; ce sont des institutions à deux faces et à deux fins. Dans le Droit germanique elles tiennent la place et de notre bénéfice d'inventaire et de notre séparation des patrimoines. Ajoutons que l'héritier allemand n'a pas d'autres moyens de limiter sa responsabilité, ni les créanciers d'être payés par préférence. En effet, si l'une de ces procédures de liquidation n'est pas ouverte, le successible est tenu *in infinitum*.

Mais ce n'est point là le seul cas où il se trouve dans une pareille situation juridique. Il peut être encore poursuivi sur son patrimoine propre, pour la totalité ou pour partie des dettes successorales, dans certaines hypothèses où la loi lui impose cette charge à titre de peine. De même et inversement, le créancier du *de cujus* perd parfois, en l'absence de toute procédure

(1) Boresco, *op, cit.*, p. 61, texte et notes.

de liquidation, son droit de réclamer son payement sur les biens personnels du successeur. Ces deux sortes de déchéances exceptionnelles sont la sanction des règles édictées par le Code pour faire apparaître en temps utile la consistance active et passive exacte de l'hérédité ; elles ont trait à l'inventaire et à la sommation publique adressée aux créanciers, que nous décrirons bientôt.

Quoi qu'il en soit, le système allemand a sa base dans cette idée que le Droit civil impose le système de la succession aux biens, seulement lorsqu'il y a lieu sur la demande de l'héritier ou des créanciers à l'ouverture d'une procédure officielle de liquidation. Dans les autres cas les deux patrimoines se confondent. Mais quel est le principe ? La confusion ou l'autonomie du patrimoine héréditaire. La question est controversée entre les auteurs allemands, car le Code ne s'est pas expliqué clairement à ce sujet. La majorité de la doctrine enseigne cependant que la confusion des deux masses de biens est la règle, l'autonomie l'exception, puisque des formalités sont imposées aux intéressés qui veulent s'en prévaloir[1]. Au demeurant, la question est oiseuse, parce que la loi a déterminé avec exactitude les circonstances dans lesquelles le patrimoine successoral conserve ou recouvre son individualité.

Mais deux points essentiels sont toutefois certains.

(1) Pour plus de détails : Boresco, p. 45 et suiv., qui rapporte ainsi l'opinion de M. Saleilles (Cours de législation comparée 1910-1911) : « Le droit pour l'héritier de limiter sa responsabilité constitue pour lui une situation de droit connue, qui lui est faite par la loi elle-même. Ce droit ne se perd qu'à la suite de certaines déchéances pénales ou encore par voie de renonciation volontaire ». M. Percerou (Rev. trim. 1905 p. 816) adopte nettement l'opinion qui d'après M. Boresco est celle de la minorité des auteurs allemands : « Toute cette règlementation, écrit M. Percerou, repose en somme sur cette idée fondamentale qu'au décès d'un individu son patrimoine disparait comme facteur économique actif, mais qu'il subsiste en quelque sorte à l'état inerte comme masse distincte de biens indivis à liquider ».

D'une part, le Droit allemand repousse entièrement l'idée de la continuation de la personne : l'obligation indéfinie de l'héritier, quand elle existe, repose sur l'idée de confusion matérielle entre les deux masses. D'autre part, l'acceptation, toujours pure et simple, réserve de plein droit la faculté pour l'héritier et les créanciers de réclamer *ultérieurement* l'ouverture d'une procédure de liquidation officielle, qui seule et à elle seule, peut empêcher l'absorption d'un patrimoine par l'autre. L'inventaire lui-même, également postérieur, n'est pas une formalité substantielle de la succession aux biens. Il s'ensuit qu'entre l'acceptation et le moment où la voie de règlement interviendra, il peut s'écouler un laps de temps pendant lequel les deux masses auront été confondues effectivement entre les mains de l'héritier. Les actes de celui-ci sur les biens héréditaires ne lui enlèvent jamais, en effet, le droit de repousser l'obligation illimitée par l'accomplissement des formalités légales, aucun délai même ne lui est imparti[1]. Aussi, aux créanciers du défunt et dans leur intérêt, le Code allemand donne-t-il le droit d'imposer au successeur acceptant la confection d'un inventaire.

2. — *Des formalités tendant à fixer la composition active et passive de la succession : inventaire et serment de manifestation, sommations publiques aux créanciers.* — L'héritier qui veut limiter sa responsabilité n'est pas obligé de faire inventaire, même après son acceptation. Mais aux termes de l'article 1994, le tribunal doit, *sur la demande d'un créancier de la*

(1) L'addition d'hérédité en Droit romain contenait, à partir de Justinien, également la faculté pour l'héritier de se prévaloir ultérieurement du bénéfice d'inventaire, mais il devait le faire dans un délai préfixe très bref (30 jours). L. 22, C. VI, 30.

succession, fixer à l'héritier un délai pour la confection de l'inventaire. Ce délai est *judiciaire ;* l'art. 1995 indique au juge de lui donner en principe une longueur au moins d'un mois, au plus de trois mois ; l'article 1996 prévoit l'empêchement résultant de la force majeure : le tribunal arbitrera en ce cas. L'inventaire est dressé par un officier public (art. 2003).

Du moment que la confection de l'inventaire a été réclamée par un créancier, l'héritier répondra d'une manière illimitée de *toutes* les obligations et charges de la succession : 1° s'il laisse expirer le délai à lui fixé sans avoir fait cet inventaire (art. 1994) ; 2° s'il y a fourni à dessein des renseignements inexacts, ou a refusé de fournir des renseignements, ou encore si, en vue de porter préjudice aux créanciers de la succession, il y a fait inscrire une obligation en réalité inexistante (art. 2005).

Le Droit allemand prévoit une formalité complémentaire de l'inventaire destinée à en assurer la sincérité : *le serment de manifestation* (Offenbarungseid), dont un créancier peut exiger la prestation (art. 2006). Si l'héritier refuse de le prêter ou ne comparaît pas après réassignation, il sera tenu *in infinitum* et sur ses biens propres, non point cette fois à l'égard de tous les créanciers, mais seulement à l'égard de celui qui a fait la demande du serment[1].

(1) Art. 2006 : « L'héritier doit sur la demande d'un créancier de la succession, prêter, devant le tribunal de la succession, le serment de manifestation dans la forme suivante :

Qu'en âme et conscience il a déclaré les effets de la succession aussi complètement qu'il est à même de le faire.

L'héritier peut, avant de prêter serment, compléter l'inventaire.

Lorsque l'héritier refuse de prêter serment, il répond d'une manière illimitée envers le créancier qui a fait la demande. Il en est de même s'il ne comparait pas, ni au jour fixé, ni à un autre jour fixé à nouveau sur la

Il nous reste à dire quelques mots de la *sommation publique des créanciers de la succession* (Aufgebot der Nachlassglaubiger). C'est la contre-partie de l'inventaire ; c'est une procédure dans l'intérêt de l'héritier, destinée à le renseigner d'une manière complète sur le passif successoral, de telle sorte qu'il puisse prendre une décision éclairée sur le point de savoir s'il doit ou non demander l'ouverture d'une des voies de liquidation, afin de limiter sa responsabilité (art. 1970). Les créanciers chirographaires ont un délai de six mois pour produire leurs créances (art. 2061). Ceux qui laissent passer le délai sans produire sont forclos : l'héritier, encore bien qu'il soit tenu *in infinitum*, pourra refuser de les payer en prouvant que la succession est épuisée par le payement des créanciers non forclos. Ils n'ont qu'un droit de poursuite individuelle sur l'excédent, conformément à la théorie de l'enrichissement sans cause ; ils sont préférés toutefois aux légataires, à moins qu'au moment où ils réclament leur payement les legs aient été déjà exécutés (art. 1974)[1].

L'étude des procédures de liquidations nous amènera à compléter les indications qui précèdent, tant sur les principes fondamentaux que sur l'inventaire et les sommations publiques.

---

demande du créancier, à moins qu'il existe un motif l'excusant suffisamment de sa non comparution au dit jour.

Le même créancier ou un autre ne peut demander la prestation réitérée du serment, que s'il y a lieu de présumer que l'héritier, depuis la prestation de serment a connu l'existence d'autres effets de la succession ».

(1) En dehors de toute procédure de sommations publiques, sont forclos les créanciers qui ne font connaître leur créance que postérieurement aux cinq années qui suivent l'ouverture de la succession (art. 1974 et 2060). Sur la procédure des sommations voyez : Boresco, p. 95 et suiv. et p. 113 et suiv. — L'art. 911 du Code de procédure enlève à l'héritier qui a déjà perdu le droit de limiter sa responsabilité, la faculté de recourir à la procédure des sommations publiques.

3. — *Des procédures de liquidations qui restreignent la responsabilité de l'héritier aux biens de la succession et écartent sur ces biens ses créanciers personnels : curatelle, faillite, règlement en cas d'insuffisance d'actif.* — Lorsque la curatelle est ordonnée ou la faillite de la succession ouverte, le patrimoine du défunt prend une individualité matérielle propre et doit être liquidé au profit exclusif des créanciers successoraux, qui ne sauraient poursuivre l'héritier sur son patrimoine. La confusion de fait, qui s'était produite entre les biens du défunt et ceux de l'héritier depuis l'acceptation, cesse rétroactivement. Si l'hérédité ne contient pas assez de valeurs actives pour payer les frais d'une curatelle ou d'une faillite, le successeur par l'exception d'insuffisance peut néanmoins limiter sa responsabilité.

a) *Curatelle (Nachlasspflegschaft) ou Administration de la succession (Nachlassverwaltung).* — C'est le tribunal qui ordonne pareille procédure, en nommant un administrateur de la succession, qui aura d'une manière générale les pouvoirs d'un curateur. La décision du tribunal est publiée (art. 1982) ; elle enlève à l'héritier la faculté d'administrer la succession et d'en disposer ; sa situation est analogue à celle d'un failli dessaisi. Les poursuites individuelles sont suspendues.

L'administrateur doit administrer, faire inventaire, liquider, sommer les créanciers de produire, payer les créanciers connus et non forclos, remettre aux héritiers l'excédent d'actif. Il est responsable comme un mandataire à l'égard des intéressés. S'il découvre que

la succession est déficitaire, il doit demander l'ouverture de la faillite.

Qui peut solliciter la nomination d'un curateur ? D'abord l'héritier ; il n'a aucune justification à fournir ; la procédure dont s'agit est pour lui le procédé normal d'écarter sa responsabilité illimitée. Aucun délai ne lui est imparti. Mais s'il y a plusieurs héritiers, il faut que tous y consentent, il faut de plus que le partage ne soit pas encore opéré (art. 2062). L'héritier ayant déjà perdu la faculté de restreindre son obligation est néanmoins reçu à demander la procédure d'administration de l'hérédité, car elle présente également une utilité pour les créanciers ; en ce cas elle ne profitera qu'à ces derniers.

Les créanciers ou l'un d'eux peuvent aussi réclamer la liquidation sous curatelle, mais à trois conditions : 1° ils doivent prouver qu'il y a lieu de présumer que leur payement est compromis par la conduite ou la situation de fortune de l'héritier ; 2° ils doivent faire la demande avant le partage ; 3° ils doivent requérir la procédure dans les deux ans qui suivent l'acceptation de l'héritier (art. 1981, 2me alinéa). L'institution de la curatelle profite à tous les créanciers et non pas seulement à ceux qui l'ont demandée. C'est une procédure collective ; on ne saurait l'appeler procédure égalitaire, parce que l'idée d'égalité est incorporée à la notion d'insolvabilité et que le curateur ne doit payer les créanciers que tout autant que la succession est solvable.

Une dernière question se pose. Quel va être le sort des actes accomplis par l'héritier, au temps où il était saisi des biens du défunt avant la nomination du curateur ? Ces actes quels qu'ils soient : payements, actes

à titre onéreux ou à titre gratuit sont valables ; mais l'héritier est considéré comme un mandataire des créanciers, responsable sur ses biens propres en cette qualité, rétroactivement au jour de son acceptation (art. 1978) ; il devra donc indemniser la masse du préjudice qu'il lui a causé et notamment verser à la succession la valeur des biens aliénés. D'autre part, les rapports juridiques éteints par la réunion du droit et de l'obligation sur la tête de l'héritier sont réputés non éteints (art. 1976) ; de même sont réputés non avenues les compensations entre créance contre la succession et créance propre de l'héritier, ou entre créance contre l'héritier lui-même et créance faisant partie de la succession (art. 1977). L'ouverture de la faillite successorale, on va le voir, entraîne des conséquences plus graves quant à la validité des actes antérieurs de l'héritier.

b) *La faillite de la succession (Nachlasskonkurs).* — La deuxième procédure mise par la loi allemande à la disposition des héritiers ou des créanciers héréditaires pour instituer dans leur intérêt un régime effectif de succession aux biens est la faillite successorale[1].

La condition judiciaire de son ouverture est la preuve de l'insolvabilité. Cette preuve ne soulève aucune difficulté, à la condition que l'inventaire ait été dressé et que les sommations publiques aient été faites. Si, d'ailleurs, la succession est obérée et si l'on doit craindre le déficit sans pouvoir encore l'établir, on demandera au tribunal de placer l'hérédité sous

(1) La matière se trouve règlementée par le Code civil (art. 1975, 1980, 1988, 1989 et 1990) et par la loi des faillites (art. 214-235).

l'administration d'un curateur, solution provisoire très satisfaisante.

Il n'y a pas de déclaration d'office[1]. Ont qualité pour réclamer l'ouverture, l'héritier, les créanciers héréditaires, les légataires[2], le curateur de la succession et l'exécuteur testamentaire. L'héritier ne se trouve forclos, ni par l'expiration d'un délai, ni par le partage, ni par la perte du droit de limiter sa responsabilité. En cas de pluralité d'héritiers, la demande d'un seul suffit : la faillite portera sur la totalité de l'héritage et non sur la part (art. 235 K. O.[3]). Les créanciers doivent, au contraire, agir dans les deux ans qui suivent l'acceptation de la succession (art. 220 K. O.) ; la sanction de cette dernière règle consiste non point dans l'irrecevabilité de la demande, mais simplement dans le droit pour l'héritier de s'opposer à l'ouverture de la faillite (art. 205 K. O.).

Non seulement le successeur a la faculté de solliciter la déclaration de la faillite, mais il en a le devoir légal lorsqu'il a connaissance de l'insolvabilité de la masse successorale (art. 1980). S'il n'obéit point à cette injonction, il devient comptable envers les créanciers de la perte qu'ils ont subie de ce chef et qu'une ouverture en temps utile aurait évitée. L'héritier sera responsable dans les mêmes conditions et limites s'il a, par sa faute ou sa négligence, ignoré l'infériorité de l'actif, s'il n'a pas notamment recouru à la procédure de sommation publique, alors qu'il y avait lieu de craindre l'existence de dettes inconnues (art. 1980).

---

(1) Ce principe concerne aussi la faillite d'un débiteur vivant.

(2) Les légataires doivent établir que l'insolvabilité de la succession est uniquement la conséquence des legs. Boresco, p. 102.

(3) *K. O.* : abréviation de *Konkursordnung*, code des faillites.

La procédure interne de la faillite successorale ne diffère pas de celle de la faillite atteignant un débiteur non décédé ; un syndic représente la masse des créanciers réunis en assemblées délibérantes, il administre et liquide, il poursuit la vente des biens et opère la distribution au marc le franc des sommes obtenues. Un concordat est possible : tout l'actif est alors rendu aux héritiers qui en recouvrent la libre disposition en échange de la promesse d'un dividende (art. 173 K. O.).

Une distinction est nécessaire si l'on veut comprendre les effets de la faillite sur les actes antérieurs. En premier lieu, ces actes, lorsqu'ils causent un préjudice à la masse, peuvent être, soit valables en ce sens que les tiers ne seront pas inquiétés, soit nuls ou annulables : c'est la théorie de la période suspecte. Une deuxième situation juridique est de nature à se rencontrer : la masse n'a point d'action en nullité contre ceux qui ont traité avec l'héritier ou le défunt, elle a seulement un recours en indemnité contre l'héritier ; l'acte est valable en soi, mais il a engagé dans une certaine mesure la responsabilité du successeur.

Sur ce dernier chef, nous renvoyons aux règles exposées à propos de la curatelle de la succession : l'héritier est considéré rétroactivement comme le mandataire des créanciers à partir de son acceptation (art. 1978) ; il n'est tenu toutefois à aucune indemnité pour payements de dettes héréditaires, lorsqu'au temps où il les a faits il pouvait légitimement croire à la solvabilité de la succession (art. 1979).

Plus délicates sont les dispositions touchant le sort des actes antérieurs à la faillite, dans les rapports de de la masse et des tiers (art. 222 K. O.). La nullité

frappe notamment les aliénations à titre gratuit accomplies dans l'année qui précède l'ouverture de la faillite, et l'acquittement des legs, des charges et des droits tenant à la réserve légitime. L'acquéreur de bonne foi restitue seulement ce dont il s'est enrichi. Ce n'est point tout, à côté de cette période suspecte qui concerne les actes de l'héritier, il en existe une autre qui concerne le défunt, selon le Droit commun des faillites ; mais les effets de ces nullités ne profiteront qu'aux créanciers dont les droits étaient nés avant le décès, non aux légataires et bénéficiaires de charges (art. 228 K. O.).

c) *L'exception d'insuffisance.* — Lorsque la succession est trop pauvre pour pouvoir supporter les frais, soit d'une curatelle, soit d'une faillite, l'héritier a néanmoins le moyen de limiter sa responsabilité universelle : il suffit qu'il oppose au créancier la preuve de l'insuffisance d'actif, au moment où celui-ci agit contre lui. Mais, si faible qu'il soit, cet actif ne saurait être conservé par l'héritier. Aussi est-il obligé en ce cas de l'abandonner par voie d'exécution forcée au créancier poursuivant (art. 1990, C. civil all.). Le règlement de passif n'est donc pas égalitaire ; le payement est ici le prix de la course (art. 1991, 3me alinéa)

4. — *Appréciation critique du système allemand.* — La première caractéristique du Droit allemand apparaît bien, être sur le point qui a fait l'objet de notre étude, une extraordinaire complication. Cette dualité de procédures de liquidation, l'une pour les successions obérées, l'autre pour les successions insolvables, reste inexplicable. Sans doute, la loi ne peut imposer à l'héritier de réclamer l'ouverture de la fail-

lite et de porter atteinte à la mémoire du défunt, s'il veut restreindre sa responsabilité, mais rien n'empêchait d'aménager le règlement par curatelle déjà collectif en instituant une voie de distribution égalitaire opérée par l'administrateur sous le contrôle des créanciers et du tribunal, si l'infériorité de l'actif devenait certaine au cours des opérations. Il n'y a là, au demeurant, qu'un manque de simplicité et qu'un défaut de logique entraînant une perte de temps et des frais inutiles ; plus grave est le vice que nous allons signaler et qui n'a pas toujours été bien aperçu.

Pratiquement, l'acceptation confère à l'héritier allemand la libre disposition du patrimoine successoral, il peut payer les créanciers, aliéner les biens, les grever de droits réels ; il ne perd jamais pour cela la faculté de limiter sa responsabilité, quand il lui plaira, même plusieurs années après ou postérieurement au partage. Il est vrai que l'ouverture d'une liquidation légale aura pour effet de le rendre comptable envers la succession ; il lui faudra reconstituer en valeur le patrimoine héréditaire tel qu'il se présentait au jour de son acceptation. Mais cette règle devient illusoire si les créanciers se heurtent à un héritier insolvable ; la seule ressource des créanciers lésés réside alors dans l'emploi coûteux et aléatoire des actions en nullité de la période suspecte. De plus, comment déterminera-t-on la consistance de l'héritage, puisque l'héritier n'est jamais directement obligé par la loi de dresser inventaire[1]. Qui ne voit enfin la multitude de contestations qui naîtront entre le successeur et les créanciers et que le tribunal devra trancher ?

(1) Boresco, p. 163 et 166, rapportant l'opinion de M. Saleilles.

On objectera sans doute que les créanciers n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes : ils ont la faculté d'imposer la confection d'un inventaire, ils peuvent demander l'ouverture de la faillite ou l'institution de la curatelle qui constituent la meilleure sauvegarde de leurs droits. Nous répondrons que l'inventaire est une mesure conservatoire dont les effets sont limités : il n'enlève pas à l'héritier la libre disposition des biens, il ne l'empêche pas de dissiper tout l'actif. Quant aux procédures de la liquidation, nous dirons que les créanciers pour en demander la mise en œuvre ont une preuve à fournir. Pour la faillite, il faut qu'ils justifient de l'insolvabilité de la succession ; comment la feront-il apparaître, si l'inventaire ne la révèle pas ? L'infériorité de l'actif résulte peut-être de dettes inconnues, or la procédure de sommations publiques ne joue que par la volonté de l'héritier. Pour la curatelle, la preuve dont les créanciers ont la charge semble plus facile ; il n'en est rien en réalité, car la recevabilité de leur demande dépend en définitive du mauvais état des affaires de l'héritier, qu'ils auront à démontrer, mais nous le savons, il est aisé à un débiteur vivant de cacher ses embarras pécuniaires.

Il y a plus — et c'est l'essentiel — qui pourrait demander l'ouverture de la faillite ou la nomination d'un curateur ? En fait les créanciers diligents qui réclament leur payement. Or, l'héritier a la faculté de les payer et ils préfèrent recevoir l'intégralité de leur créance tout de suite, plutôt que de risquer les effets de la loi de dividende et attendre de longs mois la fin d'une liquidation. Evidemment, leur perception est provisoire, en ce sens qu'ils devront restituer si la faillite vient à être prononcée plus tard à la requête

d'autres créanciers ou de l'héritier, mais « il vaut mieux tenir que courir » ; d'ailleurs, le payement sera définitif et opposable à la masse si plus d'un an s'écoule avant le jugement déclaratif, car les nullités de la période suspecte atteignent seulement les actes accomplis dans cet intervalle, lorsque ceux qui ont traité avec l'héritier étaient — et ils le seront presque toujours aux yeux du juge — de bonne foi.

Ainsi, malgré sa complication et ses détours, le Droit allemand ne parvient pas à assurer l'égalité entre les créanciers héréditaires à partir de l'ouverture de la succession. La faillite qu'il institue en la matière, au lieu d'être une faillite successorale conforme à la notion théorique que nous avons donnée dans notre première partie, n'est pas autre *chose à la vérité que la faillite d'un débiteur vivant (l'héritier) qui porterait non point sur la totalité de son patrimoine propre, mais sur une partie (la succession en nature ou en valeur).*

Et quant aux principes fondamentaux de Droit civil, comment dire en pratique que la loi allemande adopte un régime de succession aux biens, alors qu'elle *commence par laisser le patrimoine du défunt se confondre juridiquement et matériellement avec celui de l'héritier, pour le reconstituer ensuite, parfois très longtemps après, au prix de difficultés de toutes sortes,* lorsque la curatelle est ordonnée ou que la faillite est ouverte.

Ce n'est donc point en Allemagne que le législateur français ira chercher la solution du problème de la faillite successorale.

B). La liquidation du passif héréditaire en Droit anglais[1].

La législation anglaise ne connaît point d'autre régime que la succession aux biens : les règles du Droit civil excluent toute possibilité de confusion matérielle ou juridique entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier. Dans ces conditions la faillite successorale n'est pas un moyen pour l'héritier de limiter sa responsabilité, ni pour les créanciers héréditaires une procédure écartant sur la succession les créanciers personnels du sucessible : elle est une simple voie de liquidation.

1. — *Principes de Droit civil.* — Le Droit anglais distingue le *Real estate*, immeubles provenant de successions antérieures analogues aux propres de notre ancien Droit, et le *Personal estate*, biens personnels, meubles ou immeubles, ayant une autre origine et correspondant à nos anciens acquets.

Quant au *Real estate*, l'héritier est saisi de plein droit et n'a point la faculté de répudier ; sans avoir accompli aucune formalité spéciale, car les immeubles dont s'agit sont suffisamment individualisés, il ne répond des dettes qu'*intra vires* ; d'autre part ces biens échappent à l'action des créanciers personnels de l'héritier qui jusqu'à la fin de la liquidation reste un simple administrateur.

---

(1) *Bibliographie*, Lehr ; *Principes de Droit civil anglais*, p. 701 et suiv. — Percerou, *op. cit.*, (Rev. trim. Dr. civ. 1905, p. 860 et suiv. — Becqué, *op. cit.*, p. 281 et suiv. — Glasson, *Droit et institutions de l'Angleterre*, tome VI, p. 256, § 285. — Ch. Lyon-Caen, *Traduction de la loi anglaise sur la Faillite du 25 août 1883*, (Collection des principaux codes étrangers), Imprimerie nationale, 1888 ; *Exposé de la législation anglaise sur la Faillite* (Bull. de la Soc. de lég. comparée, 1888, p. 292 et suivante).

Quant au *Personnal estate*, le Droit anglais évite la confusion avec le patrimoine du successeur, en plaçant ces biens, *dès l'ouverture de la succession et en toute hypothèse*, sous un régime d'administration. L'héritier n'est pas saisi, les actes qu'il pourrait faire relativement à ces biens sont nuls même à l'égard des tiers.

L'administrateur sera désigné par le testateur ou nommé par la Haute Cour : celle-ci doit en principe choisir l'héritier ab intestat. L'administrateur fait inventaire, liquide l'actif, paye les créanciers. Lorsqu'une année au moins s'est écoulée depuis le décès et que la liquidation est achevée, les successeurs perçoivent l'actif net et le partagent ; c'est alors seulement qu'ils acquièrent le droit de disposer[1].

2. — *Faillite successorale.* — Aux termes de l'article 125 de la loi de 1883[2] sur la faillite, loi applicable à tous les débiteurs quelle que soit leur profession, « tout créancier d'un débiteur décédé, dont la créance eût été suffisante[3] pour lui permettre de former contre ce débiteur, une demande en déclaration de faillite si celui-ci vivait, peut présenter dans les formes prescrites une demande tendant à obtenir une ordonnance prescrivant d'administrer les biens du débiteur décédé, conformément à la loi sur les faillites[4] ». La

(1) On attend l'expiration de l'année après le décès pour permettre à l'administrateur de découvrir tous les créanciers du défunt. D'ailleurs les héritiers peuvent se voir obligés à fournir des garanties en vue d'une restitution éventuelle pour le cas où des créanciers jusqu'ici inconnus apparaîtraient. (Glasson, *op. cit.*, p. 261).

(2) Bankruptcy Act, 46 et 47, Victoria, Ch. LII.

(3) Selon l'article 6 § 1, la créance doit être liquide et valoir 50 livres sterling (plusieurs créanciers peuvent s'unir afin d'atteindre ce chiffre).

(4) *Traduction de la loi anglaise sur la Faillite du 25 août 1883* par M. Charles Lyon-Caen, (Collection des principaux codes étrangers), Imprimerie nationale, 1888. La loi de 1883 a été revisée en 1914. Pour l'Irlande et l'Ecosse, voyez : Becqué, *op. cit.*, p. 286.

Cour compétente[1] rejetera la demande s'il lui apparaît que l'actif suffira probablement à payer les dettes (art. 125 § 2). L'administrateur, dès l'avis à lui donné de la requête du créancier, se trouve dessaisi ; les actes antérieurs, faits de bonne foi restent valables (art. 125 § 9). Il n'y a pas de syndic, le sequestre officiel de la Cour (Official receiver) en joue le rôle. On applique les règles générales de la procédure de faillite, sauf les dispositions relatives à la liquidation amiable ou au concordat préventif (art 125. § 5).

A côté de cette faillite proprement successorale, le Droit anglais connaît une faillite posthume obéissant aux mêmes règles de fond mais dont la cause d'ouverest différente. C'est la faillite du défunt[2] qui dans les trois mois avant son décès a commis un des actes qui sont susceptibles d'entraîner la faillite d'un débiteur vivant (acts of bankruptcy, art. 4, § 1 et 125, § 3) : par exemple, un jugement définitif ayant été obtenu contre lui par le créancier, il n'a pas acquitté la dette dans les sept jours qui suivent la sommation de la payer, sous menace de la faillite (art. 4, § 1 g[3]).

3. — *Appréciation critique.* — Le Droit anglais est allé jusqu'au bout de l'idée de succession aux biens, car non seulement il repousse en toute hypothèse l'idée de continuation de la personne, mais encore il évite toujours la confusion du patrimoine du défunt et du patrimoine de l'héritier. A cet égard

(1) Haute Cour de Londres, ou Cour de Comté, art. 125, § 10, 92 et 94.

(2) Commerçant ou non-commerçant.

(3) La loi anglaise énumère les actes succeptibles d'entraîner la faillite d'un débiteur vivant, au lieu de fixer une cause générale et unique d'ouverture telle que la cessation des payements. Voyez, infra, Problème proprement dit de la faillite civile, Droit comparé.

il apparaît supérieur au Droit allemand. On peut toutefois se demander s'il n'y a pas quelque exagération dans le principe qui, refusant la saisine à tout héritier, même descendant du défunt, quelle que soit sa situation de fortune ou l'état de la sucession, lui impose *en toutes circonstances* la confection d'un inventaire.

La solution anglaise est radicale, elle supprime toutes les difficultés : l'héritier ne devient pratiquement propriétaire des biens du défunt qu'après l'achèvement d'une liquidation *toujours* nécessaire. Sans doute le système est logique. Il n'en reste pas moins qu'il contredit les principes les plus fondamentaux et les plus traditionnels du Droit français, auxquels le législateur ne devra porter atteinte que s'il n'existe point d'autre moyen de résoudre d'une manière satisfaisante le problème de la faillite successorale.

§. **II**. — *Législations suisse et italienne ; système de base : continuation de la personne ; exceptions : limitation de la responsabilité, procédures collectives et égalitaires de liquidation.*

Le Droit fédéral suisse et le Droit italien n'ont pas rejeté le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier ; ils permettent toutefois à ce dernier et aux créanciers héréditaires d'en écarter les effets, lorsqu'il y va de leur intérêt. En cela ces législations se rapprochent du Droit français et diffèrent du Droit allemand. Mais tandis que notre loi n'institue en aucune hypothèse un régime pur de succession aux biens et laisse en thèse générale le règlement du passif s'opérer par voies individuelles, la loi fédérale suisse abandonne résolument et à tous égards l'idée de la continuation de la personne, dans les espèces où elle

ouvre la procédure collective et égalitaire appelée *liquidation officielle*, laquelle correspond à la fois à notre bénéfice d'inventaire et à notre séparation des patrimoines.

La législation italienne occupe une position intermédiaire entre le Droit fédéral suisse et le Droit français dont elle s'approprie les règles fondamentales.

a). La liquidation du passif héréditaire dans la législation fédérale suisse [1].

L'impression générale qui se dégage de l'examen de la solution que le Droit suisse a apporté au problème dit de la fallite successorale se traduit par cette idée : les intéressés ont la faculté de repousser le régime de la continuation de la personne, mais ils doivent déclarer formellement leur volonté dans un temps très bref et fixer le statut juridique de la succession aussitôt après son ouverture.

Aussi, lorsque le régime de la succession aux biens fonctionne, peut-on véritablement maintenir au patrimoine héréditaire *en nature* son individualité propre. Il ne sera jamais nécessaire de le reconstituer après coup ; en aucun cas les créanciers ne devront extraire les biens qui en restent, ou la valeur, du patrimoine de l'héritier. Le législateur a considéré

---

(1) *Bibliographie.* — Louis Crémieu, *Rapport sur la question de la liquid. du passif héréditaire dans le Code féd. suisse du 10 décembre 1907.* Bull. Soc. Etud. lég. 1910, p. 56 et suiv. — Becqué, *op. cit*, p. 377 et suiv. — Chavegrin E. *Le bénéfice d'inventaire dans le Code civil suisse*, thèse Paris, 1911. — Boresco, *op. cit.*, p. 221 et suiv.

Ouvrages suisses : Huber, *Exposé des motifs de l'avant projet du Code civil suisse*, Berne, 1902, p. 370 et suiv. — Rossel et Mentha, *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, 1920, tome I, p. 632 et suiv. — Alfred Martin, *Le droit de succession dans le Code civil suisse*, Genève 1908, p, 166 et suiv.

que la confusion matérielle des deux masses, lorsqu'elle s'est réalisée, exclut la possibilité du système de la succession aux biens et comporte nécessairement la confusion des deux personnes, C'est pourquoi la liquidation officielle suisse est une faillite successorale vraie.

1. — *Principes de Droit civil.* — Du jour où les héritiers légitimes ou institués ont eu connaissance, soit du décès, soit du testament, un délai de trois mois commence à courir ; avant son expiration les successibles sont tenus de prendre parti. Ils ont le choix entre quatre situations différentes : accepter purement et simplement, accepter sous bénéfice d'inventaire, requérir la liquidation officielle, renoncer (art. 566, 567, 589, C. civ. suisse). Le silence du successible [1], le fait qu'il s'est immiscé dans les affaires de la succession [2] ou qu'il a pris la qualité d'héritier emportent acceptation pure et simple (art. 571). Au cas de pluralité d'héritiers, l'acceptation pure et simple de l'un écarte la liquidation officielle requise par les autres (art. 593, 2e alinéa). Au contraire l'acceptation bénéficiaire de la part d'un seul vaudra pour tous (art. 580). Ainsi la succession dans son entier est toujours soumise au même régime [3]. Les créanciers héréditaires, ou certains d'entre eux dont l'attitude pro-

(1) Mais, s'il est de notoriété publique que la succession est insolvable on présume la renonciation, sauf acte ou déclaration contraire de l'héritier (art. 566, 2e al.).

(2) Les actes d'administration n'ont point cet effet.

(3) L'hypothèse où sur trois héritiers l'un accepte purement et simplement, un autre sous bénéfice d'inventaire, le dernier requérant la liquidation officielle, n'a pas été envisagée par la loi. Il faut imposer à tous une situation unique, mais laquelle ? La question est controversée. Voy. Boresco p. 267.

fitera alors aux autres, peuvent aussi demander l'ouverture de la liquidation officielle.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne fait pas obstacle à la continuation de la personne du défunt par l'héritier : elle lui permet seulement de fixer le chiffre du passif dont il répondra *ultra vires*.

L'ouverture de la liquidation officielle institue le régime de la succession aux biens dans toute sa rigueur et ne laisse à l'héritier qu'un droit éventuel sur l'excédent de l'actif [1].

2. — *Le bénéfice d'inventaire et l'inventaire public.* — En faisant dresser inventaire et en déclarant accepter sous bénéfice d'inventaire, l'héritier ne cesse pas de continuer la personne du défunt, mais il ne répondra des dettes non inventoriées que dans la mesure de son enrichissement. L'inventaire public est l'œuvre de « l'autorité compétente » [2] (art. 581). Il comprend un état de l'actif portant estimation complète et un état du passif. Pour déterminer avec exactitude le montant de ce passif, les créanciers sont sommés de produire dans un certain délai à la suite de publications faites à cet effet[3], (art 582).

Il faut noter que l'héritier a la faculté, dans le temps à lui donné pour délibérer, de requérir la confection de l'inventaire, avant d'avoir pris parti et *sans perdre de ce chef le droit de demander ensuite la liqui-*

(1) Sur le point de savoir si la liquidation officielle requise par les créanciers, alors que l'héritier accepte purement et simplement, laisse subsister le droit pour les créanciers de poursuivre l'héritier sur ses biens propres, voyez Boresco, p. 276 et les auteurs dont il rapporte l'opinion.

(2) C'est la législation cantonale qui désigne l'autorité compétente.

(3) L'inventaire public suisse est donc une combinaison de l'inventaire et de la procédure des sommations publiques du Droit allemand.

dation officielle s'il le juge opportun. Après la clôture de l'inventaire ainsi commencé, chaque héritier est sommé de prendre parti dans le délai d'un mois (art. 587 et 588[1]) ; l'option est alors irrévocable.

On le voit donc, grâce à cette procédure perfectionnée, le successible prudent peut choisir en pleine connaissance de cause, entre l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la liquidation officielle. Mais il appartient à l'héritier seul, non aux créanciers du défunt, de demander l'inventaire.

2. — *La liquidation officielle.* — A la fois un mode d'acceptation pour le successible et un moyen pour les créanciers de se prémunir contre l'insolvabilité de ce dernier, telle apparaît la liquidation officielle du Droit suisse : son ouverture place l'hérédité sous le régime de la succession aux biens. Elle a un autre avantage : elle opère le règlement du passif selon le mode collectif et chaque créancier viendra au marc le franc sur l'actif, si celui-ci est déficitaire.

C'est l'autorité compétente qui en ordonne l'ouverture, à la requête de l'héritier ou d'un créancier héréditaire[2], ou d'office si tous les héritiers du premier

(1) On remarquera que le délai de 3 mois depuis l'ouverture sera alors généralement dépassé. Il n'en résulte aucun inconvénient, l'héritier devant s'abstenir de toute immixtion sous peine d'être tenu pour héritier pur et simple.

(2) *Les créanciers personnels de l'héritier* sont reçus à demander l'ouverture de la liquidation officielle dans l'hypothèse ou celui-ci a renoncé en fraude de leur droit. L'art. 578 C. civ. suisse stipule en effet « lorsqu'un héritier obéré répudie la succession dans le but de porter préjudice à ses propres créanciers, ceux-ci, ou la masse de la faillite, ont le droit d'attaquer la répudiation dans les six mois, à moins que des sûretés ne leur soit fournies. Il y a lieu à la liquidation officielle si la nullité de la répudiation a été prononcée ». La loi n'exige pas la preuve de l'insolvabilité de l'héritier, mais seulement de sa situation obérée : les

degré ont renoncé[2]. Tandis que la simple volonté de l'héritier suffit, les créanciers doivent établir qu'ils ont des raisons sérieuses de craindre qu'ils ne soient pas payés. Le successible peut repousser leur demande en les désintéressant ou en leur fournissant des sûretés (art. 594)[2]. Sollicitée par les créanciers du défunt, la liquidation officielle est une mesure de défiance à l'égard des héritiers ou de l'un d'eux : elle ne suppose donc pas la preuve de l'infériorité de l'actif successoral, à la différence de la faillite de l'hérédité en Droit allemand ; elle se rapproche de la curatelle quant aux conditions de son ouverture.

La liquidation officielle a pour premier effet d'investir un tiers, nommé par l'autorité, de l'administration du patrimoine successoral sur lequel l'héritier cesse matériellement et juridiquement d'avoir action. L'administrateur fait établir l'inventaire public s'il n'a pas été encore dressé, puis réalise les biens, en principe par vente aux enchères, enfin paye les créanciers et les légataires. L'insolvabilité de la succession appa-

---

créanciers montreront simplement *qu'il y a lieu de craindre* l'infériorité de l'actif. Le droit suisse, en cette hypothèse illustre d'un exemple la théorie que nous sommes efforcée de démontrer, à savoir que l'on ne peut prouver l'insolvabilité d'un débiteur vivant, autrement que par la discussion de son patrimoine. Ici, puisque les créanciers sont autorisés à agir avant la discussion (leur action se prescrivant d'ailleurs par six mois) il fallait n'exiger d'eux que la justification de la légitimité de leurs craintes. L'art. 594 contient une autre application du même principe.

(1) En ce dernier cas la liquidation officielle suisse tient la place de notre procédure de liquidation des successions vacantes.

(2) Art. 594 C. civ. suisse : « Les créanciers du défunt qui ont des raisons sérieuses de craindre qu'ils ne soient pas payés, peuvent requérir la liquidation officielle dans les trois mois à partir du déces ou de l'ouverture du testament, si à leur demande ils ne sont pas désintéressés ou n'obtiennent pas de sûretés. Les légataires sont autorisés dans les mêmes circonstances à requérir des mesures conservatoires pour la sauvegarde de leurs droits. ».

raît-elle, alors toutes les règles de la faillite de droit commun seront appliquées (art. 595)[1].

3. — *Appréciation critique.* — On a dit du Code civil suisse : « Il est une œuvre de pieux respect pour le passé et toute pénétrée en même temps d'un sens profond des nécessités de l'avenir »[2]. Selon la juste expression de M. le professeur Crémieu, les règles qu'il édicte sur la liquidation du passif héréditaire constituent « un système transactionnel et mixte dans lequel viennent se combiner d'une façon heureuse le principe français de continuation par l'héritier de la personne du défunt et la conception germanique de succession aux biens »[3]. A cet égard et pour ce motif, le législateur français trouvera un modèle dans le Droit successoral suisse.

Mais il faut se garder d'une exagération dans l'éloge. Si le Code civil fédéral apparaît pleinement satisfaisant lorsqu'on l'apprécie du côté de l'héritier[4], il mérite, semble-t-il, une critique lorsqu'on l'examine du côté des créanciers héréditaires. Sans doute leurs intérêts sont sauvegardés lorsque l'un d'eux, ou le successeur, a demandé l'ouverture de la liquidation officielle. Il reste toutefois à savoir si cette procédure, *la seule mesure de protection que la loi organise à leur profit*, s'ouvrira en fait toutes les fois que son inter-

(1) Il en est ainsi, que le défunt soit ou non commerçant, et bien que le Droit suisse ne soumette que dans un petit nombre d'hypothèses les débiteurs civils à la faillite, comme nous le verrons.

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 51.

(2) Louis Crémieu, *Rapport...* Bull. Soc. Etud. lég. 1910, p. 64.

(3) On remarquera cependant qu'il attache l'acceptation pure et simple tacite à tout acte qui n'est pas acte nécessaire d'administration, disposition qui constitue selon M. Percerou (à propos du Droit français) un véritable « piège légal ».

vention serait nécessaire, c'est-à-dire lorsque les deux patrimoines réunis formeraient une masse insolvable. On doit en douter car le Code suisse lui-même contient une disposition dont l'effet le plus direct aboutit à écarter la liquidation officielle précisément dans l'hypothèse où elle présenterait le plus d'utilité. Nous voulons parler de l'article 594. On l'a vu, il permet à l'héritier insolvable acceptant purement et simplement d'empêcher l'ouverture de la liquidation, en désintéressant les créanciers *qui la demandent* ou en leur fournissant des sûretés. Or, si l'on veut bien ne pas oublier que l'inventaire avec sommations publiques n'a très probablement pas été dressé et que d'autre part trois mois seulement sont donnés aux créanciers pour agir, on comprendra facilement que les plus diligents parmi tous aient été seuls en mesure de réclamer la liquidation. Ceux-là ne représentent qu'une faible portion du passif héréditaire ; l'hérititer peut les payer intégralement en espèces ou en sûretés, en prenant sur son actif propre ou sur l'actif de la succession. Ainsi les trois mois s'écoulent ; alors les créanciers éloignés ou mal renseignés apparaissent ; il est trop tard : désormais leur débiteur c'est l'héritier insolvable dont ils subiront le concours des créanciers personnels, tandis que peut-être la succession n'était point déficitaire. Notre séparation des patrimoines tant critiquée n'a pas cet inconvénient, car elle est un droit de préférence inhérent à la qualité de créancier héréditaire et susceptible d'être invoqué à tout instant[1].

(1) Connaissent également une faillite successorale les législations suédoise, néerlandaise, autrichienne, norvégienne, danoise. (Voyez Becqué, *op. cit.*, p. 323 et suiv., Boresco, *op. cit.*, p. 315 et suiv.) On trouvera dans la thèse de M. Becqué des renseignements sur la liquida-

B). La liquidation du passif héréditaire en Droit italien[1].

Le Code civil italien[2] adopte le système de base du Code civil français. L'héritier continue la personne du défunt, il ne succède pas à ses biens. Mais, par l'acceptation bénéficiaire, il limite sa responsabilité à l'actif successoral. A l'inverse, au moyen de la séparation des patrimoines, les créanciers écartent sur cet actif les créanciers personnels de l'héritier. C'est en raison de cette communauté de principes fondamentaux avec le Droit français, que le Droit italien mérite une étude particulière sur les points qui nous intéressent ici. L'utilité d'un pareil examen apparaît d'ailleurs d'autant plus certaine, que la loi italienne favorise par ses dispositions la liquidation égalitaire du passif, lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire.

La première différence avec le Droit français concerne l'hypothèse de la pluralité d'héritiers : l'acceptation bénéficiaire d'un seul, malgré la volonté contraire des autres, confère à l'ensemble de la succession le caractère d'une hérédité acceptée *pour le tout* sous bénéfice d'inventaire (art. 958 C. civ. ital.). D'où suit l'indivisibilité de la liquidation.

---

tion du passif héréditaire dans un certain nombre d'autre pays : Mexique, Portugal, Espagne, Finlande, Etats de l'Amérique du Sud.

En Suède et au Mexique, la loi oblige tout héritier, quel que soit le parti qu'il choisisse, à dresser inventaire. Le Mexique (régime pur de succession aux biens) et le Portugal (responsabilités *intra vires*) n'organisent pas de liquidation collective et égalitaire.

(1) *Bibliographie.* — Louis Crémieu, *Rapport sur la question de la liquidation du passif héréditaire dans le Code civil italien*, Bull. Soc. Etud. lég. 1910 p. 64 et suiv. — Ollivier Beauregard, *Analyse du Code civil italien*, p. 295 et suiv. — Becqué, *op. cit.*, p. 300 et suiv. — Henri Prudhomme, *Traduction du Code civil italien.*

(2) Le Code civil italien date de 1866.

Et voici une deuxième différence. La déclaration d'acceptation bénéficiaire est en Italie non seulement inscrite au greffe sur le registre des dénonciations, mais est encore transcrite par les soins du greffier à l'office des hypothèques et insérée par extrait dans le Journal des annonces judiciaires (art. 955 C. civ. it.) Ainsi les créanciers héréditaires sont avertis. Ils ont la faculté de notifier des oppositions à l'héritier, qui dès lors ne pourra payer que dans l'ordre et la manière déterminés par le juge (art. 976, 1er al.) c'est-à-dire par contribution. De plus, pour laisser aux intéressés le temps de faire opposition utile, un délai d'un mois court depuis la publicité de l'acceptation bénéficiaire, ou depuis l'achèvement de l'inventaire si ce moment est postérieur ; pendant ce délai l'héritier ne saurait valablement payer aucun des créanciers successoraux.

Ces règles de détail constituent une amélioration notable du bénéfice d'inventaire tel que le Code Napoléon l'avait organisé ; elles assurent une protection, pratiquement presque suffisante, des intérêts collectifs des créanciers héréditaires, *lorsque l'héritier n'a pas accepté purement et simplement* ; mais on ne manquera pas d'apercevoir que le Code civil italien n'a résolu qu'une partie de la question : en déclarant assumer personnellement la charge du passif successoral, l'héritier, peut-être insolvable, rend impossible toute liquidation égalitaire de l'hérédité obérée ; c'est pourquoi il aurait fallu organiser aussi la séparation des patrimoines sur un mode collectif, dans l'intérêt commun des créanciers du défunt.

On saisira mieux la portée des observations qui précèdent, lorsque nous aurons dressé le tableau des vices essentiels du système français.

SECTION II.

Principes de la solution du problème de la faillite successorale en Droit français.

Nous avons antérieurement établi que le problème de l'introduction dans le Droit commun successoral de la faillite ou de son esprit n'était autre que celui de l'organisation de l'égalité forcée entre les créanciers d'un débiteur quelconque, insolvable et décédé. Nous ne reviendrons pas sur cette idée essentielle. De même rappellerons-nous simplement encore, la deuxième conclusion à laquelle nous étions parvenus et que notre étude de Droit comparé a confirmée[1], à savoir que la question de la faillite successorale ne saurait être considérée comme une simple question de procédure, parce que l'institution d'un règlement collectif et égalitaire du passif successoral suppose l'adoption préalable, au moins en certaines hypothèses, du principe de la succession aux biens, principe qui appartient en raison de sa nature au pur Droit civil. Aussi le problème s'élargit-il ; il concerne à la fois les rapports des créanciers héréditaires entre eux et leurs rapports avec les héritiers de leur débiteur défunt. Envisagé dans le cadre du Droit français il devient, on l'a vu, le problème de la réforme des règles de fond et de procédure qui gouvernent le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines et la vacance de la succession.

C'est ainsi posé que nous allons essayer de le résoudre, en marquant d'abord la nécessité d'une intervention législative, en proposant ensuite un régime nouveau et plus rationnel dont l'un des effets sera

(1) Première partie, titre II, chap, III, sect. III, § 2.

d'assurer la distribution égalitaire de l'actif d'une succession obérée.

§. I. — *La liquidation du passif successoral en Droit français, nécessité d'une réforme législative.*

Pour apprécier le système du Code civil en matière de transmission successorale à l'égard des droits des créanciers héréditaires, il importe de faire des distinctions. On examinera successivement l'hypothèse où l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire, celle où il accepte purement et simplement, celle enfin où l'hérédité est vacante. Et dans la deuxième de ces hypothèses, il faudra envisager l'une après l'autre les deux situations suivantes : succession en fait solvable mais insolvabilité de la masse formée par la confusion des patrimoines de l'héritier et du *de cujus* supposée réalisée, succession et masse insolvable.

1. — Nous étudions d'abord le cas dans lequel *l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire*. Ce cas occupe le centre de notre sujet ; normalement, en effet, l'hérédité contient alors un actif inférieur au passif, ce qui devrait logiquement commander une liquidation collective assurant une distribution au marc le franc. Le législateur l'a bien senti, mais les dispositions qu'il a édictées à cet effet sont loin d'être satisfaisantes malgré les efforts de la jurisprudence pour les perfectionner et les compléter.

La situation des créanciers chirographaires [1] se trouve réglée aux articles 808 et 809, C. civ. « S'il y a

(1) Quant aux créanciers hypothécaires inscrits, le prix des immeubles doit leur être délégué, c'est-à-dire versé directement entre leurs mains par l'acquéreur (art. 806). Les créanciers chirographaires nous intéressent seuls, car ils sont seuls assujetis rationnellement à la règle d'égalité.

des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge. S'il n'y a pas de créanciers opposants, il paye les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent. » (art. 808). Que faut-il entendre ici par opposition ? Il ne s'agit point d'une opposition en forme signifiée par exploit selon les règles du Code de procédure ; aux termes d'une jurisprudence constante et ancienne, il suffit d'un acte quelconque au moyen duquel les créanciers se font connaître et réclament leur payement sur les biens de la succession[1]. Aujourd'hui, la Cour de cassation se montre encore plus libérale : il peut y avoir opposition dans le sens de l'article 808, même si le créancier garde un silence complet, pourvu qu'il résulte d'un acte — inventaire, testament du défunt, contrat de mariage, etc., — que « l'héritier n'a pu ignorer l'existence de la créance et la volonté du créancier d'obtenir son payement[2]. » Ainsi, un grand nombre de créanciers seront dès l'ouverture de la succession dans la situation d'opposants. Mais le système de la jurisprudence n'a pas pour effet de donner de plein droit cet avantage à la totalité des intéressés ; cela tient à ce que notre inventaire ne porte mention que des dettes révélées par les papiers du défunt[3] et n'est pas obligatoirement accompagné d'une procédure de sommations publiques invitant

(1) Cass. Req. 13 mars 1866, D. 66. 1. 257, S. 66. 1. 121 ; 25 juillet 1871, D. 71. 1. 302, S. 71. 1. 100.

(2) Cass. civ. 26 nov. 1890, D. 91. 1. 345. S. 91, 1. 204 ; Cass. Req. 4 juillet 1892, D, 92. 1. 481, S. 96. 1. 502 ; 17 déc. 1894, D. 95. 1. 193, note de M. Boistel, S. 96. 1. 329.

(3) Art. 943 C. proc. « Outre les formalités communes à tous les actes devant notaire, l'inventaire contiendra..... 7° la déclaration des *titres* actifs et passifs ».

les créanciers à se faire connaître avant l'expiration d'un certain délai. La déclaration d'acceptation bénéficiaire n'est elle-même soumise à aucune publicité véritable, pas plus que l'ouverture de la succession.

S'il y a des créanciers opposants, l'article 808 décide, avons-nous dit, qu'ils ne pourront être payés que dans l'ordre et la manière réglée par le juge. En d'autres termes, une procédure de distribution par contribution répartira le produit des ventes et les deniers liquides ; tout autre mode de règlement qui avantagerait certains créanciers ou légataires opposants ou non opposants serait irrégulier : il engagerait la responsabilité de l'héritier en faute, il donnerait ouverture à un recours direct[1] de la part des opposants ainsi lésés, contre les créanciers payés par préférence, pour les contraindre à restituer jusqu'à concurrence du dividende commun[2].

La loi institue donc une voie égalitaire ; il importe d'en préciser le domaine, quant aux créanciers auxquels elle profite et quant aux biens sur lesquels elle porte. Quant aux biens, un premier système eut été possible. Le créancier qui se présenterait avant l'apurement du compte de l'héritier bénéficiaire, c'est-à-dire avant que tout l'actif successoral soit distribué[3], serait autorisé à réclamer, à tous les créanciers et légataires payés, sa part sur tous les biens du défunt. En d'autres termes, l'opposition, pourvu qu'elle soit faite avant la répartition parachevée de la totalité des

(1) Le droit à ce recours contre les créanciers et contre l'héritier ne se prescrit que par trente ans selon les règles du Droit commun (art. 226).

(2) Orléans, 14 avril 1859, D. J. G. Successions, Sup. 678, 1° ; S. 60. 2. 267.

(3) Un compte *apuré* est celui dont les deux colonnes (actif et passif) se balancent (Planiol, III, n° 2156).

valeurs héréditaires, aurait eu, quelle que soit sa date toujours le même effet : interdire pour l'avenir le règlement individuel, rendre caduques toutes les distributions antérieures. Il semble bien que les rédacteurs du projet primitif du Code aient eu l'idée heureuse d'organiser une pareille procédure de recours compliquée, mais vraiment égalitaire. L'article 809 contenait, en effet, un alinéa qui l'instituait ; il faut regretter que la section de législation du Conseil d'Etat ait, sur les observations de Tronchet, supprimé le texte[1].

De cette suppression, il résulte que, dans le système adopté par la loi, l'opposition ne vaut que pour l'avenir et n'a d'effet qu'à l'égard des sommes qui restent encore à distribuer ; les payements qui ont précédé l'opposition demeurent pleinement valables et n'engagent ni la responsabilité des créanciers qui les ont reçus, ni celle de l'héritier qui les a faits. Cependant, le créancier retardataire touchera sur les biens non répartis un dividende plus fort que les créanciers déjà désintéressés partiellement ; on transporte ici, en effet,

(1) Locré, *Lég.* X, p. 115, art. 97, p. 118 n° 7, p. 150, art. 92. — Aubry et Rau 4e éd. VI. p. 460, texte et note 62 ; 5e éd. X, p. 46 texte et note 62.

L'article 889 porte la trace de l'existence dans le projet primitif de la disposition qui a été supprimée ; l'alinéa 2 commence en effet par ces mots : « dans l'un et l'autre cas » (qui ont perdu leur raison d'être, puisque l'alinéa 1 n'autorise qu'une seule sorte de recours). — Certains auteurs (Toullier IV, 383 ; Marcadé, art. 809, n° 2) ont voulu cependant donner aux créanciers qui se présentent *avant l'apurement du compte* un recours contre les créanciers antérieurement payés ; ils invoquent un argument *a contrario* tiré du texte de l'article 809, 1er al. : « les créanciers non opposants *qui ne se présentent qu'après* l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont de recours que contre les légataires » La jurisprudence n'a pas suivi ces auteurs (Paris, 25 juin 1807, S. 7, 2, 996 ; Montpellier, 14 mars 1850, D. 54. 5. 727 ; Rouen, 17 déc. 1877, D. 78, 2. 47). L'incidente « qui ne se présente qu'après l'apurement du compte et *le payement du reliquat* » signifie simplement que le créancier retardataire peut réclamer son payement à l'héritier, aussi longtemps que celui-ci détient encore une valeur successorale (Aubry et Rau, note précitée).

la disposition de l'article 503, 3me alinéa, C. com.[1]. D'autre part, ce créancier, même s'il se présente après la dernière répartition, pourra dans les trois ans qui suivent l'apurement du compte exercer un recours contre les légataires payés (art. 809, C. civ.), par application de la règle *nemo liberalis nisi liberatus*.

Quant aux personnes, l'opposition est individuelle ; elle ne profite qu'à celui qui l'a formée[2]. Ainsi, les créanciers non opposants ne peuvent se prévaloir du fait que d'autres créanciers sont opposants et que des payements ont eu lieu au mépris de ces oppositions. Ainsi encore, en désintéressant les créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire recouvre la faculté qu'il tient de l'article 808, 1er alinéa, de payer dans l'ordre des demandes. Ainsi, enfin, dès l'ouverture de la succession et même pendant les délais pour dresser inventaire et délibérer[3], l'héritier qui acceptera bénéficiairement peut valablement distribuer les sommes liquides aux premiers créanciers opposants, ou aux plus diligents en l'absence d'oppositions.

On le voit donc, la procédure organisée par l'arti-

---

(1) Aubry et Rau, 4e éd. VI, p. 461, 5e éd. X, p. 47. Planiol III, n° 2156. L'article 503 C. com. concerne les répartitions de l'actif du failli au cours de la procédure de l'union et vise le cas où des créanciers qui n'ont pas affirmé leurs créances dans les délais légaux se font connaître plus tard ; « ils ne pourront rien réclamer sur les répartitions ordonnancées par le juge-commissaire ; mais ils auront le droit de prélever sur sur l'actif non encore réparti les dividendes afférents à leurs créances dans les premières répartitions ».

(2) Le créancier à terme peut former une opposition, car l'opposition est une simple mesure conservatoire. Pour toucher à la distribution il devra prouver l'insolvabilité de la succession. On admet généralement, en effet que l'acceptation bénéficiaire, même de la part d'un majeur, n'est pas un signe externe de la déconfiture (Dupin, *De la Faillite civile* op. cit. p. 84 et suiv.).

(3) Cass. civ. 4 avril 1832, et sur renvoi, Orléans, 15 nov. 1832, D. J. G. v° Successions, n° 925.

cle 308, 1er alinéa, C. civil est loin d'être parfaite lorsqu'elle fonctionne. Pour quelle soit nécessairement égalitaire dans le sens entier du mot, il faudrait que, dans chaque succession insolvable acceptée sous bénéfice d'inventaire, tous les créanciers fussent opposants ou considérés comme tels de plein droit, avant toute répartition de deniers ; la théorie jurisprudentielle n'a point cette vertu[1].

Il y a plus, un autre et grave défaut de la législation française s'ajoute à cette absence d'équité. Si l'héritier bénéficiaire doit administrer (art. 803, 1er al.), il n'a pas le devoir légal de liquider, il n'engage point sa responsabilité en s'abstenant d'aliéner les biens pour les transformer en argent ou de recouvrer les créances successorales. Reste-t-il inactif, ce sont les créanciers qui poursuivront cette réalisation eux-mêmes. Chacun d'eux opèrera par voie de saisie[2],

(1) Aux termes de l'art. 802-1° l'héritier bénéficiaire a la faculté « de pouvoir se décharger du payement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et légataires ».

Cette sorte de cession de biens ou de délaissement conduit à une liquidation opérée par un curateur nommé par le tribunal à la demande d'un ou plusieurs créanciers. Cette demande valant opposition semble-t-il, la liquidation se fera par voie de contribution. (Colin et Cap. 1re éd. III, p. 598). Faut-il en conclure qu'elle sera égalitaire ? Point nécessairement, car, si l'on admet que l'héritier bénéficiaire pour dégager sa responsabilité doit faire déclaration au greffe de l'abandon, il n'est point tenu de procéder à des formalités de publicité efficace. D'où il suit que la contribution profitera aux seuls créanciers présents et diligents, non aux créanciers éloignés ou mal renseignés.

Il faut noter au surplus que l'héritier peut user de la faculté d'abandon à tout moment, notamment après avoir payé dans l'ordre des demandes certains créanciers en l'absence d'oppositions. Ces payements, lorsque l'abandon est effectué, demeurent évidemment valables.

(2) La jurisprudence refuse aux créanciers ayant fait l'opposition prévue à l'article 808, le droit de se faire payer sur les sommes dues à la succession et saisies arrêtées par l'un des créanciers héréditaires. L'héritier à la différence du syndic, ne représente pas en effet les créanciers dans l'instance en validité ; d'autre part *les oppositions de l'article 808 ne régissent que les rapports des créanciers avec l'héritier bénéficiaire et restent étrangères aux rapports des créanciers avec les tiers*, en

librement, comme il l'entendra et selon le droit commun des exécutions individuelles[1]. Bien mieux ces saisies sont possibles même si l'héritier liquide, pourvu qu'il n'ait encore pris aucune disposition sérieuse en vue de la vente prochaine de l'effet sur lequel porte la procédure[2]. Par suite, trop souvent deux modes de liquidation se superposent ou s'enchevêtrent : les frais augmentent au détriment des créanciers, de longs mois s'écoulent avant que les répartitions laborieuses soient achevées.

Nous nous sommes placés jusqu'ici dans le cas d'un seul héritier bénéficiaire ; en présence de plusieurs la complexité de la liquidation s'accentue. Le bénéfice d'inventaire ne fait pas obstacle, en effet, à la division de plein droit des dettes entre les successeurs, ni à la faculté pour ceux-ci d'opérer le partage de l'actif avant le règlement du passif. Il s'ensuit qu'il pourra y avoir autant de liquidations distinctes et indépendantes qu'il y a d'héritiers. D'autre part, la situation juridique de certains héritiers diffèrera souvent de celle des autres, les premiers ayant accepté purement et simplement et le reste des successeurs sous bénéfice d'inventaire, ceux-ci conservant d'ailleurs à tout instant la faculté de se convertir en héritiers purs et simples et de priver les créanciers opposants d'un règlement à tendance égalitaire.

---

l'espèce le débiteur de la succession. Ne pourront donc prendre part à la contribution qui suit la saisie-arrêt que les créanciers ayant signifié une opposition, selon les formes du code de procédure, au tiers saisi, avant l'achèvement de la procédure d'exécution (Pau, 21 février 1887, D. 82, 2. 181 ; Orléans 28 juillet 1891, D. 93. 2 36).

(1) Aubry et Rau 4me éd., VI, p, 463 ; 5me éd. X, p. 49. ; Planiol, III, n° 2124 ; Colin et Capitant, p. 602 et 606.

(2) Aubry et Rau, 5me éd. X, p. 49 ; Agen, 21 juin 1912, Gaz. Pal, 5 octobre 1912.

2. — Nous sommes ainsi amenés à la deuxième partie de notre étude critique sur la liquidation du passif successoral en Droit français et conduits à examiner l'hypothèse où les créanciers se trouvent en face d'héritiers qui continuent à tous égards la personne du défunt à cause d'une acceptation ordinaire, expresse ou tacite, immédiate ou ultérieure, et deviennent les débiteurs personnels de ses créanciers. Quels seront les droits de ceux-ci sur les biens héréditaires et par rapport aux créanciers propres des héritiers ? Comment s'opèrera le règlement du passif successoral ? Ici entre jeu cette institution du Droit civil appelée *séparation des patrimoines*, non spéciale, il est vrai, à notre présente matière, car le bénéfice d'inventaire loin de l'exclure la met en action de plein droit[1], mais qui sera la seule garantie des créanciers du défunt en présence d'un *héritier pur et simple*.

Ce dernier est-il solvable ou plus exactement son passif personnel et le passif successoral ajoutés restent-ils inférieurs aux deux actifs réunis, la séparation des patrimoines est inutile, car les créanciers héréditaires ne courent aucun risque. On appréciera donc le système du Code en supposant l'insolvabilité de l'héritier, et l'on imaginera d'abord que la succession contient plus de biens que de dettes, ensuite que le défunt était lui aussi insolvable.

Lorsque l'hérédité n'est point déficitaire, la sépara-

(1) Cet effet du bénéfice d'inventaire est une création de la jurisprudence (Cass. civ., 18 juin 1833, D. J. G. V° *Successions*, n° 785 et 794 ; S. 33, 1. 730) et subsiste après la perte du bénéfice d'inventaire (Cass. civ. 20 juin 1908, D. 1908. 1.575 ; S. 1912. 1.499). Il résulte de l'acceptation bénéficiaire d'un seul héritier et s'applique à la totalité de la succession, car il découle de l'inventaire lui-même qui en individualise les biens (Cass. civ., 3 août 1857, D. 57. 1.336 ; S. 58. 1.286).

tion des patrimoines et son organisation méritent déjà quelques critiques.

Nous avons signalé cependant que la conception française apparaissait supérieure à certains égards à celle du Droit suisse ou du Droit allemand ; notre loi attache, en effet, un droit de préférence sur les biens du *de cujus* à la qualité même de la créance successorale[1] ; son titulaire n'a donc pas à établir le mauvais état des affaires de l'héritier, il est ainsi très heureusement dispensé d'une preuve souvent difficile.

Mais l'on doit reconnaître que la garantie accordée aux créanciers du défunt est insuffisante en ce sens que son efficacité se trouve subordonnée à leur diligence. La séparation des patrimoines ne peut plus être invoquée sur les biens du défunt que le successeur a aliéné (art. 880, 2me al.), ni sur ceux qui en raison de leur nature ont été confondus en fait avec les siens propres, ni, quant aux meubles, après l'expiration des trois années qui suivent l'ouverture de la succession (art. 880, 1er al.).

La jurisprudence, il est vrai, nonobstant les termes de l'article 880 donne aux créanciers héréditaires un droit de suite sur les immeubles, par une interprétation assurément prétorienne des articles 2111 et 2113. Mais il faut que le créancier ait pris inscription avant la transcription de l'aliénation ; or, le successeur peut facilement devancer l'accomplissement de cette

(1) Il suffit en effet que le créancier héréditaire invoque le bénéfice de la séparation des patrimoines. Aucune demande en justice n'est nécessaire, malgré les expressions employées par les articles 878 et 880, 2me alinéa et qui ne rappellent que le temps où, dans l'Ancien Droit, la séparation était accordée par les lettres de Chancellerie (Lebrun *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. I, nº 11 et suiv. et nº 25). Planiol, III, nos 2179 et 2180 ; Colin et Capitant, III, p. 614.

mesure conservatoire en transférant la propriété de l'immeuble dès son acceptation de l'hérédité. Contre le danger de la constitution d'une hypothèque par l'héritier sur l'immeuble successoral, les créanciers séparatistes sont mieux protégés. L'inscription prise dans les six mois du décès rétroagit quant à ses effets jusqu'au jour où la succession a été ouverte (2111) ; la loi accorde un délai aux intéressés pour apprendre la mort de leur débiteur et sauvegarder leurs droits ; mais il est permis de penser que ce délai est trop bref : certains créanciers éloignés et mal renseignés risquent d'arriver trop tard et de se voir primés par des créanciers hypothécaires de l'héritier[1].

En ce qui concerne les meubles, on sait quelles mesures conservatoires — inventaire, scellés, séquestre, saisie-arrêt des créances successorales[2] — les créanciers

(1) Le principe de la division des dettes détruit en partie l'avantage que la loi confère aux créanciers séparatistes sur les immeubles de la succession. En effet l'immeuble mis au lot d'un des héritiers ne garantit que le payement de la portion que supporte cet héritier dans la dette du défunt, à la différence de l'hypothèque légale des légataires. Aussi, lorsque l'un des successeurs a reçu au partage plus d'immeubles que les autres et que ceux-ci sont insolvables, les créanciers héréditaires se trouvent lésés. La raison en est que le privilège de la séparation des patrimoines naissant au moment même où l'ouverture de la succession produit de plein droit la division des dettes, naît divisé (Cass. civ. 10 juillet 1893. D. 94. 1. 59, note de M. de Loynes ; S. 94 1. 177, note de M. Tissier). De la même idée découle encore cette solution fâcheuse qui n'est pas spéciale aux immeubles : un cohéritier insolvable qui, à cause d'un rapport en moins prenant ne touche rien à la succession, n'en demeure pas moins tenu seuls de sa part du passif héréditaire ; les créanciers ne pourront jamais être payés que de la partie des dettes incombant aux autres cohéritiers, malgré la parfaite solvabilité de la succession (arrêt précité ; Colin et Capitant, III, p. 586).

(2) Aubry et Rau, 4e éd. VI, p. 499, texte et note 61, 5e éd. p. 98, texte et note 61 : Demolombe, XVII, n° 146 ; Garsonnet, III §. 589 ; Planiol III, n° 2190 ; Cass. 16 août 1869, D. 69, 1. 463, S. 69. 1. 417 ; Amiens, 22 mai 1889, S. 91. 2. 131.

peuvent prendre, afin d'empêcher la confusion avec les meubles de l'héritier et rendre plus difficile leur aliénation. Ces mesures ont le grand avantage de profiter à tous les créanciers du défunt, mais il faut bien remarquer que le successeur a la faculté de les écarter en payant les seuls créanciers diligents qui se disposent à sauvegarder le gage commun ; les retardataires risquent alors de se trouver en face d'un patrimoine successoral très réduit, en tant que masse matériellement distincte, et dont l'actif ne suffit plus à les remplir de leurs droits.

Tous ces inconvénients s'aggravent lorsque le défunt était lui-même insolvable comme l'est le successeur. La séparation des patrimoines revêt, en effet, dans notre Droit la forme d'un bénéfice individuel. Aucune procédure d'égalité ne se greffe sur elle. C'est au cours des exécutions entreprises par les créanciers de l'héritier sur les biens du défunt, qu'elle est invoquée et exercée. Chaque intéressé devra donc intervenir avant l'achèvement de chaque procédure. Bien mieux, dans les saisies des valeurs héréditaires par les créanciers du *de cujus*, les produits des ventes appartiennent uniquement à ceux qui ont participé à la poursuite. Par ailleurs, les payements faits à quelques-uns, malgré l'insolvabilité de la succession et celle de l'héritier, demeurent toujours opposables aux autres créanciers. Toutefois sur les immeubles successoraux, la distribution sera égalitaire entre les créanciers[1]. La loi et la jurisprudence accordent à ceux qui ont inscrit leur privi-

(1) Les créanciers non inscrits dans les six mois viennent en concours avec les créanciers inscrits (Cass. civ. 15 juillet 1891, D. 93. 1.465, note de H. de Loynes, S. 91. 1.409 ; Paris 28 mars 1901, D. 1993. 2. 262, S. 1904. 2. 103)

lège dans les six mois une *hypothèque collective à rang unique* écartant les effets fâcheux des hypothèques judiciaires qui pourraient être obtenues après la mort du débiteur originaire et inscrites à des époques différentes. Il n'en reste pas moins qu'à tous les autres point de vue, le payement demeure le *prix de la course*. On ne saurait nier, ici encore, l'évidente nécessité d'une réforme législative.

3. — Par contre, il semblerait que l'organisation de la *liquidation du passif d'une succession déclarée vacante*, soit pratiquement parfaite dans notre Droit. Le curateur nommé par le tribunal n'est-il pas un simple administrateur responsable, tenu de liquider ? La loi ne lui retire-t-elle pas le maniement des fonds héréditaires et du produit des ventes aux enchères, qu'il devra consigner (art. 813) ? N'en résulte-t-il pas que le seul mode de règlement possible est, quant aux créanciers chirographaires, la distribution par contribution et que toute poursuite individuelle et tout payement préférentiel sont interdits ? Sans doute, tel est bien, croyons-nous, le vœu du législateur. La jurisprudence cependant, se fondant sur l'article 814 qui renvoie aux règles du bénéfice d'inventaire, per-

---

car la séparation des patrimoines est un bénéfice qui joue à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier et ne doit pas créer des causes de préférence entre les créanciers du défunt. Mais les créanciers séparatistes inscrits après les six mois sont primés par les créanciers de l'héritier inscrits avant eux ; ils concourrent néanmoins avec les séparatistes inscrits dans le délai : on partagera au marc le franc entre tous les séparatistes une somme égale à la valeur sauvegardée sur l'immeuble par ceux qui ont inscrit leur privilège dans les six mois (Arrêt du 15 juillet 1891 précité, Colin et Capitant p. 613 et 614).

On le voit donc la séparation des patrimoines (munie du droit de suite par la jurisprudence) est une sorte d'*hypothèque collective, à inscriptions individuelles.*

met au curateur de payer les créanciers, lui-même, en l'absence d'oppositions, selon l'ordre dans lequel ils se présentent[1]. Par ailleurs, la loi n'organise aucune publicité autour de la déclaration de vacance, alors que la renonciation des héritiers laisse présumer l'insolvabilité de la succession : le règlement quel que soit son mode ne peut être égalitaire, puisqu'il n'est pris aucune mesure pour rassembler les créanciers. Enfin, les effets de la vacance cessent instantanément lorsqu'un héritier apparaît et accepte[2] ; ce serait pourtant le cas, semble-t-il, de le considérer alors comme un simple successeur aux biens et de limiter son droit au surplus de l'actif, après achèvement par le curateur de la liquidation, à moins que cet héritier ne paye aussitôt *tous* les créanciers ou ne leur fournisse des sûretés suffisantes.

Ainsi, venons-nous de marquer l'utilité d'une intervention législative dans la matière de la vacance de la succession et en même temps le sens selon lequel elle devrait être opérée. Aussi bien n'aurons-nous pas à envisager explicitement ce dernier point dans le paragraphe suivant, consacré à la description sommaire d'un meilleur système de liquidation pour le passif d'une hérédité, avec lequel nous terminerons l'étude du problème spécial, mais très important en pratique, de la faillite successorale.

---

(1) Cass. civ., 4 mai 1892, D. 94. 1. 84 ; S. 92. 1.575. Cf., Paris 6 février 1889, D. 90. 2. 48 ; Rouen 21 janvier 1853, D. 53. 2. 28.

(2) Néanmoins, la déclaration de la vacance a produit de plein droit un effet qui ne disparaît pas : la séparation des patrimoines (Amiens 11 juin 1853, D. 54. 5.690 ; S. 53. 2. 537). Les créanciers héréditaires sont alors dispensés d'inscrire leur privilège sur les immeubles successoraux.

§. **II.** — *Les bases de la réforme législative nécessaire ; aménagement des règles de fond et de procédure du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines.*

Notre loi est donc imparfaite ; le législateur doit mieux défendre les créanciers du défunt contre les dangers qui résultent pour eux de l'insolvabilité de l'héritier ; il doit aussi mieux assurer entre ces créanciers la distribution proportionnelle de l'actif d'une succession déficitaire. Et à cet effet, nous le savons, il faut instituer, *lorsque l'hérédité est insolvable*, une procédure de distribution égalitaire ; il faut encore et d'abord, au moins *chaque fois qu'il y va de l'intérêt commun des créanciers du « de cujus »*, faire de la succession une masse entièrement autonome, distincte du patrimoine des héritiers.

Si tel est le but à atteindre, il ne nous reste plus qu'à proposer les moyens qui nous apparaissent les meilleurs pour y parvenir et à décrire en ses traits généraux le régime de transmission et de liquidation successorale qu'il conviendrait à notre sens de substituer législativement au système actuel. Notre conception procèdera de cette idée, à savoir que la réforme la plus heureuse sera celle qui, sans manquer de satisfaire aux conditions signalées, modifiera le moins possible les règles fondamentales du Code civil.

Or, facile est la tâche du législateur, lorsque l'héritier entend éviter lui-même la confusion des deux patrimoines : il est relativement aisé d'aménager au profit des créanciers l'organisation du bénéfice d'inventaire. Par contre, dans le cas inverse, lorsque le successeur veut opérer la confusion, ou l'opère déjà en

fait pour partie, la solution pleinement satisfaisante est plus délicate : la réforme de la séparation des patrimoines rencontre de nombreuses difficultés et entraîne une plus grave modification des principes de notre Droit. Nous envisagerons successivement ces deux situations différentes, en allant du simple au complexe. Et ce faisant, nous remonterons par étapes, des règles du Code civil français vers la solution radicale du Droit anglais qui empêche effectivement et *a priori* la confusion matérielle dans *toutes* les successions, pour nous arrêter à un point d'évolution suffisante et à un régime transactionnel.

a). Première étape, réforme du bénéfice d'inventaire.

On suppose pour l'instant que la règle de la continuation de la personne du défunt par l'héritier demeure le principe général. Mais étant donné que le Code admet que l'héritier peut en écarter les effets, on recherche comment le bénéfice d'inventaire doit être organisé pour qu'il profite non seulement au successible, mais encore aux créanciers du *de cujus*. La réforme portera sur les dispositions de fond et sur les dispositions de procédure.

1. — Quant au fond et en Droit civil, on maintient le délai accordé à l'héritier, de trois mois pour faire inventaire et de quarante jours pour délibérer, ainsi que l'exception dilatoire qui y est attachée. Mais l'on perfectionne les moyens d'information mis à la disposition du successible, pour apprécier sainement les forces de l'héritage. Il est organisé une procédure de sommations publiques, invitant les créanciers à se

faire connaître dans le mois suivant le deuxième de deux avis insérés dans les journaux, sous peine d'être forclos et de ne pouvoir plus être payés que dans la mesure de l'enrichissement du successeur, même si celui-ci se porte héritier pur et simple. Cette procédure accompagnera obligatoirement l'inventaire, les publications seront faites à la diligence du notaire rédacteur de ce dernier acte, sous peine d'une amende personnelle[1].

Le délai de quarante jours pour délibérer court de l'expiration du mois donné aux créanciers pour produire. C'est à ce moment que l'héritier devra *nécessairement* prendre parti entre l'acceptation pure et simple, avec obligation limitée au passif connu, qui sera présumée[2], l'acceptation bénéficiaire, ou la renonciation, qui l'une et l'autre feront l'objet d'une inscription au greffe et d'une nouvelle publicité. Quant aux actes de disposition du successeur au cours de ces délais, il faudra décider qu'ils ne le privent pas de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, mais seulement de celle de renoncer. Toutefois, l'héritier acceptant bénéficiairement devra indemniser la succession ; s'il est insolvable les créanciers auront une action collective en nullité contre les tiers acquéreurs de biens dont le caractère successoral était visible : immeubles, créances nominatives. La même action

(1) Les créanciers pour se faire connaître adresseront au notaire une lettre recommandée portant leurs noms et domicile, le chiffre et l'origine de la créance et l'énonciation des titres (dont l'héritier aura la faculté de contester l'existence, en référé). Au cours de ce même délai d'un mois, les créanciers titulaires d'une hypothèque *conventionnelle* consentie par le défunt pourront s'inscrire utilement.

(2) L'expiration du délai pour faire inventaire emporte acceptation complète, si l'héritier n'a pas procédé à cet acte, alors qu'il connaissait l'ouverture de la succession à son profit.

sera donnée contre les acquéreurs d'autres biens, meubles et titres au porteur, lorsqu'ils ont eu connaissance de l'insolvabilité de l'héritier[1].

De même les payements volontaires ou forcés, faits par le successeur au cours des délais, lorsqu'il n'a pas opposé l'exception dilatoire, n'emportent plus acceptation pure et simple de plein droit. L'héritier pourra encore accepter sous bénéfice d'inventaire, ce qui entraînera la nullité de ces payements ; les créanciers qui en ont profité rapporteront à la masse insolvable les sommes par eux perçues ; s'ils sont eux-mêmes insolvables le successeur indemnisera l'hérédité.

De même encore, une fausse déclaration ou une omission voulues dans l'inventaire ne feront pas obstacle à l'acceptation restreinte. Pénale sera désormais la sanction de ces actes frauduleux : quel que soit le parti que prenne l'héritier, il sera passible des peines de l'abus de confiance ; il devra au surplus indemniser la succession s'il accepte sous bénéfice d'inventaire[2].

A l'inverse, la loi n'imposera plus l'acceptation bénéficiaire au mineur non renonçant. C'est l'inven-

(1) On remarquera que si l'héritier est insolvable, au point de ne pouvoir indemniser la succession du seul préjudice qu'elle a souffert par l'aliénation de quelques valeurs, il ne sert à rien de le déclarer héritier pur et simple ; il faut souhaiter au contraire dans l'intérêt des créanciers qu'il accepte sous bénéfice d'inventaire. S'il est solvable, les créanciers héréditaires ne sauraient se plaindre d'une acceptation bénéficiaire malgré des aliénations, puisqu'ils sont certains d'obtenir de l'héritier la reconstitution en valeur de la succession dont les éléments ont été déterminés par l'inventaire.

(2) On pourrait aussi décider qu'*après la liquidation* selon les règles du bénéfice d'inventaire de toute la succession, l'héritier ou le cohéritier coupables de la fraude seraient tenus sur leurs biens propres de *tout le passif non payé*, à titre de peine. Mais leurs créanciers personnels auraient un droit de préférence.

taire accompagné des sommations publiques et d'un état estimatif des immeubles qui reste seul obligatoire en toute circonstance. Son omission engage la responsabilité du tuteur, du subrogé-tuteur et du notaire chargé par eux des intérêts successoraux du mineur. Tous trois seraient tenus solidairement de tout le passif, alors que le mineur n'en répondra jamais que dans la mesure de son enrichissement. Le Conseil de famille choisira, après examen de l'inventaire et des productions passives, entre l'acceptation restreinte aux dettes révélées, l'acceptation bénéficiaire, la renonciation. Si la succession n'apparaît pas incontestablement solvable, il devra adopter l'un de ces deux derniers partis. Le choix du premier nécessitera l'homologation du tribunal.

D'autre part, l'adition sous bénéfice d'inventaire émanant d'un seul des cohéritiers vaut pour tous, en ce sens, que la succession tout entière sera d'abord liquidée selon les règles de l'acceptation bénéficiaire. Jusqu'à l'achèvement de ce règlement le partage et la division de plein droit des dettes sont retardés. S'il reste un excédent d'actif, il est distribué entre les cohéritiers. S'il y a, au contraire, un excédent de passif, il est divisé de la même manière : les successeurs qui n'ont pas accepté sous bénéfice d'inventaire pourront être alors poursuivis par les créanciers sur leurs biens personnels jusqu'à concurrence de leur part dans ce passif impayé.

L'acceptation bénéficiaire fait de l'héritier un simple successeur aux biens et donne ouverture à une liquidation collective qui assurera l'égalité entre les créanciers d'une hérédité insolvable, ainsi que nous allons l'expliquer.

2. — A partir du neuvième jour qui suit la publicité dont est l'objet la déclaration au greffe de l'acceptation bénéficiaire, l'héritier est complètement dessaisi *ipso jure* du droit de disposer des effets de la succession. Il devient un administrateur, comptable envers les héritiers et tenu de liquider selon le mode fixé par la loi. Tout acte excédant l'étendue de ses pouvoirs est nul, lorsqu'il porte préjudice aux créanciers du défunt, et permet à ceux-ci, ou à l'un d'eux, d'obtenir du président, du tribunal en référé une ordonnance qui confie l'administration et la liquidation de l'hoirie à un tiers.

Au cas de pluralité d'héritiers, ceux-ci devront s'entendre pour désigner dans les quinze jours l'un d'eux comme seul et unique administrateur. A défaut d'entente, le président du tribunal nommera un tiers à la requête d'un des héritiers ou d'un des créanciers[1].

On confie donc en principe, l'administration et la liquidation à l'héritier : il est le plus apte, en effet, à remplir cette mission, en raison de son lien de parenté avec le défunt ou de l'affection qu'avait pour lui le testateur. Mais nous pensons qu'il pourrait être utilement assisté d'un notaire de son choix, dont l'intervention à tous les actes de la procédure serait néces-

(1) L'héritier coupable de recel ou de fraude dans l'inventaire, l'héritier failli non réhabilité, ne peuvent être administrateur de la succession qu'ils ont acceptée bénéficiairement. Le tuteur administre et liquide pour le mineur ou l'interdit. Il est nommé un administrateur spécial pour le prodigue, le faible d'esprit, le fou interné ou non, les personnes dont les créanciers suspectent à bon droit l'habileté, l'honnêteté ou la solvabilité.

De même au cours des opérations, l'héritier pourra être déclaré déchu de son droit d'administration en cas de fraude ou d'incapacité, de faillite, ou de saisie d'une portion importante de ses biens, ou s'il retarde notablement la liquidation.

saire pour leur validité et qui jouerait en fait à côté de lui un rôle analogue à celui que joue le liquidateur judiciaire à côté du commerçant sous le régime de la loi de 1889. Il y aurait dans ce système une heureuse garantie pour les créanciers[1].

Les poursuites individuelles sont suspendues ; les créanciers ne peuvent plus acquérir aucun droit de préférence, ni accomplir les formalités pour opérer la conservation d'un droit antérieurement acquis.

Les deniers, quelle que soit leur provenance, sont consignés.

L'héritier poursuit la vente des biens[2] dans les formes prévues aux articles 805 et 806, mais dans l'ordre qui lui convient. Il recouvre les créances successorales. Il représente dans les instances les créanciers du défunt et ses cohéritiers.

Après la liquidation de l'actif ou à la fin de chaque année, si cette liquidation n'est pas encore terminée, s'ouvre une procédure de distribution judiciaire par contribution entre les créanciers qui ont produit à la suite des sommations publiques, à moins qu'ils ne décident que la répartition sera amiable. Si l'héritier liquidateur fournit la preuve que les sommes consignées couvrent le passif révélé et la valeur des

---

(1) Généralement d'ailleurs c'est déjà un notaire qui dirige sous l'empire du Code civil les liquidations de successions bénéficiaires, trop compliquées pour les particuliers non versés dans la pratique judiciaire. La réforme n'apporterait point un grand changement aux habitudes actuelles. L'héritier ferait connaître dans sa déclaration au greffe le nom du notaire liquidateur.

Les administrateurs judiciaires nommés dans les cas prévus à la note précédente, ne sont pas assistés d'un notaire ; ils seront choisis parmi les curateurs à successions vacantes.

(2) Il délègue le prix des immeubles aux créanciers hypothécaires (art. 806 C. civ).

legs, le président du tribunal l'autorisera à payer sans formalités judiciaires[1].

Les créanciers retardataires poursuivront l'héritier jusqu'à concurrence du reliquat d'actif successoral et jouiront contre les légataires payés d'un recours pendant trois ans depuis la date de leur payement.

Si la succession est insolvable il y aura lieu d'exercer contre les tiers les actions en nullité dont nous avons parlé, afin d'obtenir la restitution à la masse des biens aliénés par l'héritier au cours des délais pour faire inventaire et délibérer, ou vendus irrégulièrement pendant la liquidation, et encore pour obliger à la répétition les créanciers indûment payés. Les poursuites nécessaires seront exercées par le créancier le plus diligent, l'héritier mis en cause, et profiteront à tous les intéressés. Les sommes ainsi récupérées feront l'objet d'une dernière distribution par contribution.

Contre les tiers ayant traité avec le défunt, les créanciers n'ont d'autre ressource que l'exercice de l'action paulienne, même si ce défunt était commerçant mais n'était pas mort en état de cessation de payements. Du moins l'action paulienne en ce cas devient collective : tous les créanciers pourront se prévaloir de la révocation obtenue par l'un d'eux ; celui-ci devra consigner le produit de la vente aux enchères de l'effet restitué.

Nous dirons quelques mots des conséquences de l'acceptation bénéficiaire, quant aux créances non échues, dans le régime nouveau que nous préconisons.

---

(1) Les sommes consignés seront versées directement entre les mains des créanciers ou du légataires sur le vu d'un bordereau signé de l'héritier et du notaire et visé par le président.

Elle emporterait déchéance du terme de plein droit et permettrait au créancier de toucher[1] dans les diverses distributions même si la succession était solvable. Toutefois, l'héritier qui fournirait sur ses biens personnels des sûretés suffisantes garantissant au créancier le payement du dividende qui lui serait revenu en écartant l'effet du terme, toucherait lui-même ce dividende et profiterait du terme.

Ne faut-il point étendre cette idée, en la développant, à la matière des obligations exigibles ? C'est la question du concordat successoral. Nous croyons qu'il serait de bonne législation de permettre à l'héritier bénéficiaire de retirer tout ou partie des biens héréditaires, pour les conserver en nature et les faire fructifier au lieu de les vendre, à la condition qu'il prenne l'engagement de payer aux créanciers le dividende théorique calculé sur l'estimation à dire d'expert des valeurs successorales reprises par l'héritier. En revanche, il jouirait de délais pour acquitter ce passif réduit, mais devrait fournir des sûretés réelles solides sur ses biens propres ou les biens de la succession et verser des intérêts aux créanciers. On éviterait de la sorte les frais des ventes publiques, surtout on laisserait l'exploitation agricole ou industrielle du défunt

(1) Que touchera ce créancier ? Non point le montant nominal de sa créance réduite à un dividende, mais cette valeur ramenée au jour de la distribution, c'est-à-dire sous déduction d'un escompte. Le taux de l'escompte sera le taux de l'intérêt stipulé dans le contrat originaire relatif à cette créance, ou le taux légal. C'est à cette seule condition, en effet, que le principe d'égalité peut-être respecté.

La loi française qui en matière de faillite déclare à tous égards le débiteur déchu du terme, a été avec raison très critiquée. Cf. Percerou (Thaller) I, p. 749 et 750.

entre les mains des héritiers[1] plus aptes que en général quiconque à la gérer[2].

On le voit donc l'aménagement des règles du bénéfice d'inventaire ne rencontre aucune difficulté. On parvient aisément, sans bouleverser les principes qui régissent aujourd'hui la matière, à construire un système qui sauvegarde pleinement les intérêts des créanciers du défunt. Et cela, parce que l'héritier, agissant *dans son intérêt propre,* a pris le soin de placer *ab initio* l'hérédité sous un régime vrai de succession aux biens, en empêchant par l'inventaire la confusion des deux patrimoines. La réforme, nous l'avons dit, devient plus délicate lorsque l'on envisage l'hypothèse inverse, celle ou le successeur laisse les deux masses se confondre entre ses mains, alors même que la loi

(1) Le même résultat est atteint en autorisant l'héritier à se porter adjudicataire des biens successoraux mis par lui aux enchères. Mais ce « rachat » suppose que l'héritier détient les fonds disponibles nécessaires.

(2) Le régime de liquidation de l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire que nous préconisons rappelle en ces traits généraux le projet élaboré par la *Société d'études législatives* (Bulletin S. Et. lég. 1910 et 1911 question n° 21 ; voyez principalement 1910 p. 235 et suiv. *Rapport présenté au nom de la Commission chargée de la préparation d'un projet de la loi sur le règlement du passif héréditaire* par M. J. Percerou, et 1910 discussion du projet : p. 25 et suiv. et 106 et suiv.). Il n'entre pas dans le cadre de notre travail — qui examine la question de la réforme du bénéfice d'inventaire et plus généralement de la liquidation du passif successoral seulement comme un élément du problème plus vaste de la faillite civile — d'exposer en détail le projet de la Société d'études législatives qui comprend 38 articles dont plus de 22 consacrés au bénéfice d'inventaire. Nous nous en sommes inspirés. Nous nous en écartons résolument toutefois, en ce qui concerne les effets des actes de disposition de l'héritier : perte de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou déchéance du bénéfice ; selon nous ces actes ne devraient pas emporter de pareilles conséquences qui iraient trop souvent à l'encontre des intérêts des créanciers héréditaires en les privant des avantages d'une liquidation collective.

Voyez pour les autres systèmes proposés : Laurent, *Av. projet*, tome III, p. 539 et suiv. ; Grasserie (de la) *Le passif des successions ;* Becqué, *op, cit.*, p. 440 et suiv. ; Garraud, *op. cit.*, p. 274.

repousserait complètement le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier.

b). Deuxième étape, réforme de la séparation des patrimoines et des règles de Droit commun ; Conclusion.

En face d'un héritier qui ne prend aucune disposition pour éviter la confusion de l'hérédité avec son propre patrimoine, facile serait la tâche du législateur, si l'état de fortune du successeur, d'une part, et l'importance de l'actif successoral par rapport au passif, d'autre part, étaient toujours connus à l'ouverture de la succession. Apparaîtrait-il que la masse formée par la réunion des deux fortunes est insolvable, alors la loi imposerait aux créanciers les plus diligents, avant qu'ils puissent réclamer leur payement, l'accomplissement des formalités propres à empêcher, au profit de tous les créanciers, la confusion. Et si de plus l'hoirie contenait plus de dettes que de biens, la loi priverait ces mêmes créanciers diligents de la faculté de recevoir ou d'exiger un payement individuel et leur commanderait de requérir la mise en œuvre d'une voie de liquidation collective et égalitaire.

Malheureusement, l'insolvabilité de l'héritier débiteur vivant reste un fait secret. D'autre part, seul un inventaire de l'actif et du passif pourrait révéler l'insolvabilité de la succession ; or, par définition cet acte n'a pas été dressé : s'il l'avait été, il eut emporté séparation effective des patrimoines.

Il faut donc de toute nécessité que le législateur élargisse le champ théorique de son intervention. Il ne saurait se borner à empêcher la confusion des

deux masses lorsque la preuve du mauvais état des affaires du successeur est rapporté, car cette preuve est trop souvent impossible.

Bien plus, il ne suffirait pas d'accorder aux créanciers héréditaires dispensés de toute justification, la *faculté* de requérir les mesures propres à faire obstacle à cette confusion et à mettre en évidence l'insolvabilité de la succession, afin de permettre le déclanchement de la voie égalitaire. Nous avons déjà condamné ce système que le Droit suisse et le Droit allemand ont adopté ; les créanciers qui pourraient user de la faculté légale et sauvegarder les droits de tous les intéressés sont précisément les créanciers diligents, ceux qui se présentent dans les premiers temps du décès, au moment où la confusion matérielle ne s'étant pas encore produite, il y aurait utilité à l'empêcher pour l'avenir ; or, ces créanciers se soucieront peu de prendre les mesures conservatoires dont s'agit, si l'héritier les paye intégralement ou même si le produit d'une exécution forcée individuelle sur l'un des biens de l'hoirie ou de l'héritier assure leur complet désintéressement ; en demandant la séparation collective ils risquent de subir la loi du dividende, ils préfèreront toujours un payement immédiat et parfait.

Comment donc, alors que l'héritier reste inactif et que les créanciers présents ne songent qu'à leur intérêt propre, alors que, au surplus, il n'est pas possible de savoir si la séparation effective des patrimoines sera utile ou inutile dans un cas successoral donné, parvenir *ab initio*, tandis qu'il est encore temps, à isoler le patrimoine du défunt *lorsqu'il y va de l'intérêt de ses créanciers éloignés ?*

La réponse semble bien être celle-ci : il faut que la

loi ne fasse aucune distinction et opère elle-même une séparation matérielle et effective dans les premiers jours qui suivent le décès, en toute hypothèse d'acceptation pure et simple et quel que soit le degré de solvabilité apparent de la succession et de l'héritier. Il faut de plus que cette séparation soit collective, c'est-à-dire qu'elle profite à tous les créanciers actifs ou inactifs. Cependant la réforme doit respecter les règles actuelles du Code civil autant qu'il se pourra.

Quant aux immeubles, et d'une manière plus générale quant aux biens dont le caractère successoral est tangible, il n'est pas difficile de découvrir la solution à notre sens satisfaisante. Après l'avoir indiquée, nous rechercherons un système applicable aux meubles dont l'origine n'est pas visible naturellement. C'est sur ce point que nous rencontrerons la plus grande difficulté.

1. — Voici le système que nous préconisons pour les *immeubles* du défunt. Ils sont affectés au payement des créanciers successoraux et grevés d'une *hypothèque légale dispensée d'inscription et dont le rang date du jour du décès*. Les tiers, créanciers hypothécaires de l'héritier et acquéreurs éventuels, ne sont pas sacrifiés, car le simple examen des titres de propriété révèle l'origine successorale du bien en révélant le droit du défunt. L'héritier vend-il un de ces immeubles, l'acheteur purgera avant de payer son prix et à cet effet procédera comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée : des avis seront insérés dans les

journaux et affichés[1]. Les créanciers ainsi avertis pourront s'inscrire et soit surenchérir, soit accepter le prix de la vente. De toute manière, ils produiront à à l'ordre qui suivra. Et puisque toutes leurs hypothèques ont le même rang, la distribution aura lieu entre eux scrupuleusement au marc le franc. Un créancier diligent saisit-il l'immeuble, les autres créanciers seront mis en éveil par la publicité qui précède l'adjudication[2] et que la loi pourrait facilement rendre plus efficace.

Mais la dispense d'inscription ne dure que cinq ans[3] depuis le décès. En s'inscrivant avant la fin de ce délai largement suffisant pour qu'il apprenne la mort de son débiteur, le créancier conserve à son hypothèque le rang au jour de l'ouverture de la succession ; s'il l'inscrit après, elle prend rang à la date de l'inscription.

Ajoutons enfin que cette hypothèque légale ne naît pas divisée ; les effets de la division de plein droit des dettes entre les cohéritiers n'en restreignent pas la valeur : elle garantit la totalité de la créance successorale et non la part qui incombe à l'héritier au lot duquel l'immeuble a été mis.

---

(1) Art. 2194 C. civ. ; Avis du Conseil d'Etat des 1er mai - 9 juin 1807. Les créanciers ont deux mois à compter du jour de l'insertion pour inscrire leur hypothèque occulte (art. 2194-2195).

(2) Articles 696 à 700 C. proc. civ. Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques (art. 717).

(3) Il importe en effet de rendre le bien rapidement disponible entre les mains de l'héritier afin qu'il puisse l'utiliser à obtenir du crédit hypothécaire. Mais le délai prévu au texte, de cinq ans pourrait être porté à dix ans sans inconvénients, *si l'on autorisait l'héritier lui-même à purger* l'hypothèque légale collective des créanciers successoraux. Sans doute le débiteur ne saurait purger, mais l'héritier n'est pas le vrai débiteur ou du moins pourrait être considéré en législation comme un tiers à cet égard.

En somme, la réforme que nous préconisons consiste dans un simple perfectionnement du privilège de la séparation des patrimoines sur les immeubles, tel que le Code l'a organisé et tel que la jurisprudence l'a amendé en y attachant un droit de suite.

2. — C'est un système analogue inspiré du même esprit, mais réalisé par des moyens un peu différents que nous proposons pour certains *meubles incorporels dont le caractère successoral est visible* : créances ordinaires, titres nominatifs, fonds de commerce, offices ministériels, également affectés par privilège au payement des créanciers du défunt. Quant aux fonds de commerce, il suffit de munir les créances successorales d'un droit de nantissement légal dispensé d'inscription pendant cinq ans et prenant rang au jour du décès, et d'aménager la loi du 17 mars 1909 pour en assurer le fonctionnement facile : les avis de la cession insérés dans un journal aux termes de l'article 3 (loi du 31 juillet 1913), contiendront non seulement les noms, prénoms et domicile de l'ancien et nouveau propriétaire, mais encore ceux du défunt ; les créanciers devront s'inscrire dans le délai de dix jours après la deuxième insertion. Si le fonds de commerce fait l'objet d'une vente judiciaire, les intéressés seront avertis par la publicité qui précède l'adjudication. La distribution du prix revêt la forme d'une répartition égalitaire, parce que tous les créanciers héréditaires sont au même rang et ont été tous prévenus par les publications.

L'acquéreur de l'office ministériel du défunt s'il entend éviter d'être éventuellement tenu de payer une deuxième fois, fera des sommations publiques

aux créanciers héréditaires les invitant à former des oppositions ; il ne versera la valeur de l'office entre les mains de l'héritier qu'à défaut d'oppositions. Entre les opposants la distribution du prix sera égalitaire. On pourrait ici sans inconvénients fixer une longue durée au temps pendant lequel les créanciers successoraux jouiront de leur privilège collectif sur la valeur vénale de l'étude ou de la charge. Ainsi pourront-ils l'exercer si l'héritier qui a conservé l'officice, ou le nouveau titulaire qui n'a pas fait les publications requises, le cèdent moins de trente ans après le décès du *de cujus*.

Pendant les dix années qui suivent l'ouverture de la succession, le transfert des titres nominatifs du défunt, leur conversion en titres au porteur, leur remboursement s'ils sont sortis aux tirages ou pour tout autre cause, leur saisie seront subordonnés à l'accomplissement d'une publicité préalable tant au dernier domicile du défunt qu'au domicile de l'héritier, sous la responsabilité de l'établissement émetteur [1].

Il nous reste à parler des *créances ordinaires*. Le caractère successoral de ces biens non seulement est tangible, car il résulte de l'acte, contrat ou jugement, qui constate l'obligation, mais encore est indélébile. Aussi bien n'échappe-t-il ni à l'héritier, ni au débiteur, ni même aux ayants cause à titre particulier du successeur ; ceux-ci, en effet, cessionnaires ou créanciers gagistes, auront toujours pris soin d'examiner le contrat ou le jugement. On peut donc sans léser les divers intéressés, frapper de nullité au regard des

(1) Les créanciers héréditaires primeront les créanciers gagistes du chef de l'héritier si, lors de la constitution des titres en gage, ceux-ci étaient encore au nom du défunt.

créanciers héréditaires toute *cession* ou mise en *gage* de la créance qui n'auraient pas été précédée d'une sommation publique à eux faite par voie d'insertion dans la presse, sommation qui les mette en demeure de révéler leur existence et d'exercer leur privilège sur cet effet de la succession. Et le défaut de publicité aurait pour conséquence, avons-nous dit, la nullité de la cession ou du gage : la loi autoriserait les créanciers du défunt à poursuivre leur payement préférentiel sur la créance successorale en dépit de l'acte de disposition de l'héritier.

Il faut aussi prévoir l'hypothèse où la créance dont s'agit ferait l'objet d'une saisie-arrêt formée par l'un des créanciers du défunt ou de la succession. Ici encore la loi organisera une procédure de sommations publiques avant la remise des deniers au saisissant. Toutefois la saisie reste valable en soi malgré l'omission de cette procédure nouvelle. Mais le tiers saisi, l'héritier débiteur, le saisissant du moins lorsqu'il a connu le caractère de la créance saisie-arrêtée[1], sont légalement en faute ; c'est pourquoi ils devront indemniser les créanciers héréditaires lésés[2].

Enfin, le payement entre les mains de l'héritier ne libèrera point le débiteur du défunt, si ce payement a été opéré sans avoir été précédé de la mesure de publicité ou en dépit des oppositions formées par les créanciers héréditaires sommés.

---

(1) Ce qui arrivera le plus souvent lorsque le saisissant est le créancier du défunt.

(2) Les personnes responsables de l'omission sont tenues solidairement; elles devront consigner au profit du créancier lésé le plus diligent, la valeur de la créance éteinte ; le créancier avant de percevoir les deniers fera les sommations publiques.

3. — En résumé, par les moyens indiqués et relativement aux immeubles et aux meubles dont l'origine successorale est visible, il est aisé d'instituer une séparation des patrimoines efficace dès l'ouverture de la succession, parce que organisée de plein droit sans l'intervention du tribunal et en quelque sorte d'une manière automatique. Cette séparation est collective et pleinement égalitaire quant aux créanciers ; elle est individuelle quant aux biens. Elle a le grand avantage de ne pas entraver la circulation des effets de la succession, à l'égard desquels l'héritier, jamais dessaisi, conserve le droit de libre disposition. Sans doute, entraîne-t-elle quelques frais, mais les procédures de publicité qu'elle nécessite seront toujours moins dispendieuses qu'une faillite ou une liquidation officielle et aussi d'une mise en œuvre moins compliquée.

D'ailleurs, à l'héritier qui voudrait régler en une fois les droits des créanciers successoraux et entendrait éviter pour l'avenir des formalités fréquentes, il serait loisible de recourir à la procédure que voici. Il sommerait publiquement, une fois pour toutes, les créanciers du défunt d'avoir à déclarer en la forme d'oppositions qu'ils n'acceptent pas la confusion pleine et et entière des deux patrimoines ; puis, il donnerait aux opposants, sur les biens de l'hoirie des sûretés réelles garantissant la valeur nominale de leurs créances [1].

Remarquons bien qu'une pareille opération, qui supsuppose la solvabilité du défunt, est très simple. Elle

(1) Il y aurait là un *cantonnement conventionnel* expressément *exonéré de tous droits par le fisc.* Les hypothèques ou nantissements ainsi constitués prendront rang au jour de leur inscription.

est celle qui convient dans l'hypothèse normale où l'actif des deux masses surpasse la somme des obligations. Il suffira alors le plus souvent de constituer une ou deux hypothèques portant sur un seul immeuble. Rares seront, en effet, les créanciers qui n'ayant pas confiance dans l'héritier auront formés des oppositions. On peut même affirmer que la plupart du temps les intéressés accepteront la confusion, en gardant le silence pendant le délai qui suit la sommation publique générale. En ce dernier cas, on ne saurait imaginer un système plus simple de transmission héréditaire, et il a suffi que l'héritier débourse les quelques francs que coûtent deux insertions dans un journal d'annonces judiciaires au domicile du défunt[1].

Dans ces conditions, le privilège très efficace que nous avons conféré aux créanciers héréditaires[2] sur les biens naturellement individualisés de l'hoirie apparaît désormais constituer uniquement la sanction automatique et légale de cette *double règle de Droit commun*, à savoir que *l'héritier pur et simple doit en tout état de cause, d'abord mettre par un avis publié dans la presse les créanciers en demeure de former des oppositions à la confusion totale des deux patrimoines, et ensuite fournir aux opposants sur les biens de l'hé-*

(1) On pourra estimer cette publicité insuffisante : les créanciers ne seront pour ainsi dire jamais renseignés directement en raison du faible tirage des journaux d'annonces judiciaires ; ils ne connaîtront l'avis de sommation publique que s'ils ont pris le soin de charger un homme d'affaires de surveiller leur débiteur et de les tenir au courant. Mais c'est là le vice de toutes les publicités par voie de la presse dans notre Droit. Une réforme est nécessaire à coup sûr ; elle n'est cependant pas spéciale à notre manière. Nous reviendrons sur ce sujet quand nous proposerons une solution du problème proprement dit de la faillite civile.

(2) Les légataires ont le même privilège (sur les immeubles, il fera double emploi avec leur hypothèque légale) mais les créanciers sont payés avant eux dans toutes les répartitions.

rédité des sûretés conventionnelles garantissant le passif que représentent leurs créances[1].

4. — Le privilège accordé sur les *meubles qui ne portent pas l'empreinte de leur origine successorale,* tels les titres au porteur, constitue évidemment la deuxième sanction de la même règle. Mais comment empêcher leur confusion avec ceux de l'héritier ? Comment assurer la distribution égalitaire de leur valeur entre tous les créanciers du défunt ?

Un premier système apparaît possible : le successeur ne serait jamais saisi des meubles. L'inventaire précédé de l'apposition des scellés serait en tout état de cause obligatoire ; cette obligation pèserait sur l'héritier, les personnes qui vivaient avec le défunt, le juge de paix ou l'officier de l'état-civil, les exposant à des poursuites pénales et mettant solidairement à leur charge tout le passif successoral. De plus, le président du tribunal nommerait un administrateur-séquestre du mobilier, qui en opèrerait la liquidation. Mais on ne manquera point d'apercevoir combien ce système, analogue à celui du Droit anglais, complique toutes les transmissions successorales, inutilement d'ailleurs dans la plupart des espèces puisque normalement l'héritage et l'héritier sont parfaitement solvables. Il faut même éviter que le simple inventaire soit tou-

(1) Nous supposons au texte qu'il n'y a qu'un seul héritier. S'il y en a plusieurs, il faut tenir compte du principe que le privilège légal garantit, à l'inverse du privilège cantonné par la convention, toute la dette du créancier et non la part qui incombe à l'héritier au lot duquel le bien grevé du privilège a été mis. Aussi bien faut-il décider que la procédure de sommation publique entreprise par un seul des cohéritiers est valable, mais qu'ils doivent tous s'entendrent pour le cantonnement de manière à garantir, quoi qu'il arrive, l'intégralité du passif successoral, sinon le privilège légal ne disparaîtrait point.

jours obligatoire ; seul l'intérêt du fisc peut le commander[1].

Et, d'autre part, s'il n'est point fait inventaire dans un temps aussi rapproché que possible de l'ouverture de la succession, le privilège conféré sur les meubles non individualisés naturellement, risque fort d'être purement théorique et illusoire à cause de la confusion qui fatalement aura lieu. Sans doute, les créanciers du défunt ont selon la jurisprudence moderne, la faculté de requérir la confection de cet inventaire et même la mise sous séquestre des meubles. Rappelons toutefois l'idée essentielle qui est à la base de nos recherches : les créanciers diligents s'ils sont payés se soucieront peu de sauvegarder les droits des créanciers éloignés ou négligents ; l'héritier a donc le pouvoir de rendre pratiquement inutile le privilège de la séparation des patrimoines sur les meubles dont s'agit.

De pareilles observations nous conduisent à la solution suivante. L'officier de l'état-civil fait paraître dans un journal d'annonces judiciaires à quinze jours d'intervalle deux avis annonçant aux créanciers la mort de leur débiteur. D'autre part, la loi dispose qu'aussi longtemps que la procédure de sommation publique générale dont il a été parlé n'est pas achevée, tout payement volontaire ou forcé au profit de

(1) La loi du 18 avril 1910 relative aux mesures contre les fraudes fiscales, dispose que tout coffre-fort en location dans une banque ne pourra être ouvert après le décès du locataire ou de son conjoint, qu'en présence d'un notaire qui dressera un état de tous titres, sommes ou objets quelconques qui y sont contenus. Il avait été déjà question de rendre obligatoire l'inventaire de tous les biens après n'importe quel décès. Voyez : Exposé des motifs du projet de loi portant fixation du budget de 1910 présenté par M. Caillaux, ministre des finances. *J. Off.* Doc. Parl. Chamb., 1909, annexes, n° 2570, p. 574.

l'un quelconque des créanciers chirographaires du défunt est nul de plein droit, comme la dation d'une sûreté particulière. Le créancier successoral devra restituer les sommes touchées *et perdra au surplus sa créance*[1]. Ainsi les créanciers diligents ne manqueront pas de faire la sommation publique par la voie de la presse, si l'héritier reste inactif ; et ils la feront rapidement, car ils sont avertis par l'avis de l'officier de l'état-civil et ne peuvent sauvegarder autrement leurs droits.

A la suite de cette publicité les créanciers qui entendent ne point accepter la confusion forment des oppositions. Elles ont normalement pour effet d'obliger l'héritier à dresser inventaire, à vendre aux enchères ou par agent de change le mobilier inventorié et dont le caractère successoral n'est pas visible pour en faire distribuer la valeur au marc le franc entre les opposants[1], à moins qu'il ne donne caution ou des

(1) Toutefois cette obligation de faire la sommation publique générale ne pèserait pas sur les créanciers qui, aux termes de l'article 2101 C. civil sont privilégiés sur la généralité des meubles, à savoir ceux dont les créances ont une des causes suivantes : 1° frais de justice ; 2° frais funéraires ; 3° frais quelconques de la dernière maladie du défunt ; 4° mois de nourrice (loi du 23 déc. 1874) dûs par le défunt ; 5° salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante 6° fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille pendant la dernière année (même pour les marchands en détail, contrairement à l'art. 2101 quant au privilège) ; 7° indemnité pour accident de travail (loi du 9 avril 1898, art. 23).

Les payements volontaires faits par l'héritier à ces créanciers dans n'importe quel ordre sont toujours définitifs. Mais si l'un a opéré une saisie et si d'autres interviennent à la procédure, le règlement aura lieu évidemment selon le rang de leur privilège.

Le créancier dont la créance était garantie par une sûreté particulière constituée par le défunt n'est pas non plus soumis à l'obligation de faire la sommation publique avant de pouvoir recevoir ou exiger son payement sur le bien à lui affecté.

(2) Si l'héritier tarde à dresser inventaire et à poursuivre la vente aux enchères, la procédure sera dirigée par le créancier opposant le plus diligent autorisé à cet effet par le juge des référés, lequel pourra d'ailleurs

sûretés réelles sur son patrimoine propre[1], auquel cas il acquiert la faculté de disposer librement des meubles dont s'agit[2]. Il en va de même à plus forte raison lorsqu'il opère le cantonnement du privilège des séparatistes sur certains biens de l'hoirie, ce qui sera une opération très facile le plus souvent, comme nous l'avons dit. Mais c'est seulement dans cette dernière hypothèse que disparaîtra le privilège légal sur les biens successoraux individualisés naturellement, dont nous avons demandé au législateur l'organisation.

5. — Nous arrêtons là nos explications sur la réforme de la séparation des patrimoines. De nombreux points restent dans l'ombre[3], mais nous pensons que seuls les principes directeurs méritaient ici

---

ordonner la mise sous séquestre préalable du mobilier. La répartition du produit de la vente aura lieu par voie de distribution par contribution dans les formes réglées au Code de procédure, sauf le cas d'une entente entre les opposants.

(1) Ces sûretés réelles ou personnelles garantissent à chaque opposant sa part théorique dans la valeur du mobilier, c'est-à-dire le dividende qui lui reviendrait sur cette valeur si les meubles, étant vendus, atteignaient aux enchères le prix de leur estimation à l'inventaire.

(2) Ce que nous disons des créanciers s'applique également aux légataires. Ceux-ci sont payés après les créanciers. Ils ne reçoivent aucune sûreté, si la valeur du mobilier est inférieure au passif du défunt.

(3) Ainsi nous n'avons point traité de la *protection qu'il convient d'accorder en retour, aux créanciers personnels de l'héritier*. Il ne faut pas en effet que l'exercice du privilège des séparatistes les lèse ; c'est assez déjà d'admettre ceux-ci en concours avec eux sur les biens propres du successeur devenu le débiteur commun.

Aussi est-ce pour sauvegarder leurs intérêts, dans le cas où l'héritier serait par hasard insolvable, que nous n'avons permis le cantonnement conventionnel du privilège légal de la séparation que sur les seuls biens de l'hoirie et que nous n'avons pas prévu son déplacement sur les effets personnels de l'héritier, qui eussent été autrement affectés par préférence au créancier du défunt malgré peut-être l'insolvabilité successorale. Mais nous avons autorisé le successeur à garantir sur ses biens propres e prix d'estimation du mobilier inventorié ; ici il n'y a qu'un échange de valeurs individualisées contre des valeurs essentiellement sujettes à la confusion : le patrimoine héréditaire ne s'est point enrichi au détriment du patrimoine de l'héritier.

d'être posés. Et il est temps de clôturer notre étude sur la liquidation du passif héréditaire, forme que revêt le problème dit de la faillite civile lorsque le débiteur est décédé. Ce problème nous l'avons résolu dans le domaine du Droit commun, en laissant de côté la question de la réforme de la faillite commerciale posthume que l'article 437, C. com., a prévue lorsque le négociant a cessé ses payements avant sa mort.

Et si l'on condense les résultats auxquels nous sommes parvenus, on dira que nous ne proposons pas la création d'une faillite successorale générale, même sous le nom de liquidation officielle. Il ne nous paraît pas utile, en effet, de mettre à la disposition des créanciers du défunt une pareille procédure collective, quant aux biens et quant aux créanciers, qui, s'inspirant des règles de la faillite commerciale abstraction faite de leur vertu comminatoire, nécessiterait une demande en justice que les créanciers diligents se garderaient de former et la preuve difficile du mauvais état des affaires de l'héritier, pour n'aboutir que tardivement à placer l'hérédité sous un régime effectif de succession aux biens après avoir laissé s'opérer librement la confusion des deux masses.

Il est à notre sens bien préférable de perfectionner le privilège de la séparation des patrimoines, attaché à la nature même de la créance successorale, de telle sorte qu'il garantisse de plein droit dès le décès le payement préférentiel des dettes héréditaires sur les biens du défunt et qu'il assure automatiquement en toutes circonstances la conservation des valeurs successorales à l'état de valeurs distinctes, jusqu'à concurrence du passif dont elles répondent, quoique le successeur n'en soit point dessaisi. En définitive, avec

le système que nous avons proposé il n'y a point deux régimes de transmission à titre universel après décès ; l'on ne distingue pas dans la loi les hypothèses où les deux masses confondues forment un patrimoine insolvable des espèces où l'actif total couvre le passif total, car ni les créanciers, ni le juge ne peuvent en général faire le départ des deux sortes de cas dès l'ouverture de la succession. On institue au contraire un régime unique, jouant quelles que soient les forces des patrimoines, empêchant leur confusion et conduisant à une liquidation égalitaire si par hasard la succession est insolvable, mais suffisamment souple, simple et peu coûteux pour que l'héritier pleinement solvable ne soit point gêné par son fonctionnement et que la libre circulation des biens n'en soit pas entravée[1].

Cependant lorsque le successeur entend lui-même et *ab initio* éviter la confusion pour repousser l'obligation indéfinie, en acceptant sous bénéfice d'inventaire, nous demandons l'organisation de plein droit d'une liquidation collective quant aux biens et quant

(1) Nous ne suivons en aucune manière le projet de la Société d'Etudes législatives sur la séparation des patrimoines (Bulletin 1910, p. 238 et 239, art. 27 à 34). Ce projet réorganise le *privilège individuel* (quant aux créanciers et quant aux biens) du Code civil amélioré par la jurisprudence, ce privilège s'éteint au bout d'un an sur les meubles ; sur les immeubles il confère un droit de préférence et un droit de suite rétroactivement au jour du décès, s'il s'est inscrit dans les six mois. Les effets de la division de plein droit des dettes sont écartés. Le projet organise encore — c'est là l'innovation — une *séparation collective* (quant aux biens et quant aux créanciers) en la forme suivante : « Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de craindre que le paiement des créanciers du défunt ou des légataires sur les biens de l'hérédité, ne soit compromis par la situation de fortune ou par la gestion de l'héritier, tout intéressé peut dans les six mois, à dater du décès, demander en justice, sans préliminaire de conciliation, la séparation collective et la nomination d'un administrateur chargé de liquider la succession » (art. 27). On sait pourquoi nous repoussons un pareil système.

aux créanciers, analogue à l'*union* dans la faillite commerciale, véritable faillite civile mais sans jugement déclaratif et en principe sans syndic.

C'est dans cette mesure seulement que nous admettons l'introduction d'une partie des règles inscrites aux articles 437 et suivants du Code de commerce, dans le Droit commun successoral. Une pareille opinion restrictive laisse supposer évidemment quelle attitude nous allons prendre à l'égard de l'idée de la faillite civile, lorsque le débiteur est vivant.

CHAPITRE II

Le Problème de l'élargissement de la notion de commerçant, essai d'une solution.

Des commerçants en Droit positif français et étranger : La réforme préconisée.

Nous voici désormais en face du groupe des débiteurs vivants que la loi française ne soumet pas à la faillite, ni à aucune autre voie d'exécution animée du même esprit ; elle les laisse, *en raison de la profession qu'ils exercent*, sous l'empire des seules règles de la sanction attachée par le Droit commun à l'obligation chirographaire de somme d'argent. Il y a, en effet, à ce point de vue, et encore par quelques autres côtés, deux classes de débiteurs dans notre législation : les commerçants et les non-commerçants.

Mais si l'institution d'une faillite commune aux deux catégories comblerait la plus grande partie du fossé juridique qui les sépare, on doit considérer inversement, avons-nous dit, que l'assimilation entière des deux sortes d'obligés entraînerait l'extension aux non-négociants du domaine de la faillite commerciale et résoudrait par une voie détournée et radicale le problème de la faillite civile.

Plus simplement, on le sait, l'élargissement de la notion de commerçant fournit une solution partielle

mais très intéressante de la même question. En faisant passer, s'il y a lieu, sous le Droit commercial certains des débiteurs du Droit civil, ceux dont la vie juridique présente les mêmes caractères économiques que la vie des commerçants, on constitue, en effet, en un *groupe relativement homogène* l'ensemble des débiteurs qui resteraient alors sous le Droit commun ; on facilite ainsi, dans une large mesure, le débat principal sur la faillite civile proprement dite, puisqu'on limite le champ de ce débat aux seules personnes dont les professions auraient été préalablement reconnues à cet égard comparables.

Il convient donc avant tout autre examen d'apprécier, à la lumière des faits économiques et en tenant compte des besoins de la pratique, la valeur législative, non point de la distinction entre commerçants et non-commerçants en soi, mais de la manière selon laquelle la loi française a distribué les individus et sociétés dans l'une et l'autre catégorie.

On confrontera dans une première section le système du Code de commerce de 1807 avec les tendances de la jurisprudence et l'esprit des lois récentes ainsi qu'avec les solutions des législations étrangères. On décrira dans une deuxième section la réforme préconisée, après avoir posé les principes du mode de distinction rationnel entre négociants et non-négociants.

SECTION I.

Des commerçants en Droit positif français et étranger, les tendances modernes jurisprudentielles et légales.

§. I. — *Commerçants et non-commerçants selon le Code de commerce.*

Il suffit ici d'un rappel des règles fondamentales

du Code de commerce français, pour situer notre point de départ et orienter la direction de nos recherches. « Sont commerçants, porte l'article 1er, ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Aux termes des articles 632 et 633, « La loi répute actes de commerce : — tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ; — toute *entreprise* de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ; — toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ; — toute *opération* de change, banque et courtage ; — toutes les opérations des banques publiques ; — toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ; — entre toutes personnes, les lettres de change (loi du 7 juin 1894).

« La loi répute pareillement actes de commerce, — toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure ou extérieure ; — toutes expéditions maritimes ; — tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements ; — tout affrêtement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse ; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ; — tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ; tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce. »

On a essayé de trouver, en Droit français, un critérium des opérations légalement définies commerciales et limitativement énumérées. On s'est attaché notam-

ment à l'idée de spéculation c'est-à-dire de recherche d'un bénéfice pécuniaire, ou à l'idée d'entremise entre producteurs et consommateurs. Mais ces principes et d'autres encore ne sauraient expliquer pourquoi la lettre de change est un acte de commerce tandis que le billet à ordre ne l'est pas nécessairement. Et si d'une manière à peu près générale les actes de commerce sont ceux par lesquels se réalise « la circulation des produits et du crédit »[1], il faut bien reconnaître, sur le terrain proprement juridique, « qu'il n'existe pas de caractère distinctif commun à toutes les opérations qualifiées par la loi d'actes de commerce »[2].

Les rédacteurs du Code n'ont point obéi à une théorie générale préconçue ; « ce n'est pas guidé par des considérations scientifiques et abstraites que le législateur a dressé la liste des actes de commerce ; *suivant le cas il a attribué ou refusé le caractère commercial à certaines opérations pour des raisons d'utilité pratiques* »[3], afin « de donner aux créanciers, en cas de contestation, l'avantage de la procédure rapide et peu coûteuse suivie devant les tribunaux de commerce ou la garantie de la contrainte par corps »[4].

Si telle est la véritable méthode dont a usé le législateur, on aperçoit que toute réforme en la matière consisterait simplement dans l'adaptation du système de 1807 aux besoins économiques contemporains.

(1) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commencial*, n° 14. On trouvera un tableau des autres définitions préconisées, dans la thèse de M. Appert, *Des actes de commerce terrestres*, Paris 1897, p. 59 et suiv.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, n° 20.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 1, n° 6.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 20. Cf. Labbé, note au Sirey, 1868. 2. 329.

Ajouter certaines opérations à la liste des actes de commerce ou augmenter le nombre des commerçants, ce n'est point substituer une théorie nouvelle à la théorie primitive ; c'est suivre, au contraire, la pensée des rédacteurs du Code, dans la mesure où « des raisons de pure utilité pratique »[1] commandent à un siècle d'intervalle, la modification du texte qu'ils ont écrit et qui, en raison de la nature des principes empiriques dont il découle, ne peut être que provisoire évidemment.

Cependant, la notion de commerçant, qui dérive de la notion d'opération commerciale, contient une idée qui lui confère une plus grande précision théorique : « il va de soi que les actes de commerce ne constituant pas une spéculation ne forment jamais l'objet d'une profession rendant commerçant celui qui les fait »[2]. Le négociant est celui qui, poursuivant un dessein de lucre, accomplit d'une manière habituelle certains actes qui, énumérés aux articles 632 et 633, tendent à à procurer de par leur nature un bénéfice en argent, tels que des achats de marchandises pour les revendre; la recherche d'un gain pécuniaire est un élément nécessaire mais non suffisant de la notion de commerçant. Ainsi donc, n'ont point cette qualité, ni l'individu qui prend à ferme une propriété rurale et espère s'enrichir en écoulant les récoltes qu'il aura obtenues, ni le particulier qui, sa fortune étant placée en créances ordinaires productives d'intérêts, payerait habituellement ses fournisseurs au moyen de lettres de change [3]

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 20.
(2) *Ibid.* note 1.
(3) Cf. Paris, 30 avril 1906, D. 1907. 5. 9.

tirées sur les débiteurs de ses revenus. D'où il suit que la réforme législative qui ferait entrer dans la classe des négociants, des individus ou associations que n'anime point un esprit de spéculation, troublerait assez gravement l'économie du système juridique adopté par le Code de 1807.

Ce système, une dernière remarque achèvera de le caractériser en ses traits les plus généraux. L'idée de répétition ou d'habitude n'est pas spéciale à la notion de commerçant, elle intervient quelquefois aussi dans la notion d'acte de commerce, à titre d'élément essentiel. Il en est ainsi chaque fois que le Code attache la qualification d'opération commerciale, non à un acte isolé, mais « à une série d'actes semblables d'une certaine importance qui impliquent une organisation préétablie dans le but de les faire »[1], en employant pour les désigner, le mot *entreprises* : entreprises de manufactures, de commission, de transport, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics, de construction de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure. Il résulte notamment de cette conception, que l'individu « qui accidentellement se charge, même moyennant salaire, de transporter des personnes ou des marchandises, ne fait pas acte de commerce »[2]. De même un acte isolé de commission n'a pas le caractère commercial[3].

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 26.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 28. « Cela s'applique par exemple, à un paysan qui se rendant à une foire dans sa voiture, y transporte les objets qui lui sont confiés ».

(3) Au contraire toute opération de *courtage* même isolée est un acte de commerce (art. 632, 4e al.). La loi fait donc une différence suivant que l'intermédiaire entre deux personnes s'oblige lui-même en qualité de mandataire (commission), ou qu'il se borne à rapprocher les deux

Ici c'est bien la notion de commerçant que le législateur définit pratiquement en premier lieu, plutôt que la notion d'acte de commerce, puisque, par exemple, constituera une opération commerciale *tout* acte de transport, à condition qu'il ait pour auteur une personne qui se charge habituellement de l'accomplissement de tels actes, parce que telle est sa profession principale ou accessoire. Le Code suit en définitive sur ces points la théorie appelée *théorie subjective* par opposition à la *théorie objective* : la loi détermine la commercialité par rapport à la personne et non point par rapport à une opération considérée en soi, car l'idée d'entreprise porte évidemment en son sein la notion de personne.

Une pareille méthode de classification restreint plus que le système objectif, le domaine du Droit commercial ; cela même la recommande à l'attention du législateur contemporain : elle constitue un procédé technique particulièrement souple et pratique.

2. — Après la description, dans leur fondement et leur mécanisme, des règles positives du Code de commerce relatives à la distinction des négociants et des non-négociants, il convient de marquer par voie de conséquence quelles personnes ne sont point réputées commerçantes malgré l'analogie de leurs professions avec les professions commerciales.

Ainsi n'est pas un négociant et par suite échappe à la menace de la faillite et à l'obligation de tenir des livres, l'individu dont la profession consiste à spéculer

---

parties (courtage). Cette distinction inexpliquable en soi, marque bien à quelles considérations purement empiriques ont obéi, en la matière, les rédacteurs du Code de commerce.

sur les immeubles [1]. En effet, l'immeuble n'est pas une *marchandise*, d'où il suit que les opérations qui tendent à la constitution ou au déplacement de droits réels sur les immeubles n'ont pas le caractère d'actes de commerce, de même les locations d'immeubles. Il faut en dire autant de l'entreprise immobilière — ensemble de plusieurs opérations habituellement répétées — car elle ne figure pas sur la liste légale des entreprises commerciales.

Ne sauraient donc être rangés dans la catégorie des commerçants, ni les *marchands de biens* [2] qui font profession d'acheter des immeubles pour les revendre avec bénéfice [3], ni les individus et sociétés qui, propriétaires ou locataires d'immeubles, les louent ou sous-louent comme appartements meublés [4], même lorsque leurs opérations se présentent sous la forme d'une entreprise nettement caractérisée, mais à la

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 1, n° 107 et suiv., *Manuel*, n° 22. B. — Thaller, *Traité élémentaire*, p. 20. — G. Dreyfus, *De l'exclusion des opérations immobilières du domaine du Droit commercial*, thèse Paris, 1905, p. 7 et suiv.

(2) L'expression « *marchands de biens* », très commune dans certaines régions de la France (Lorraine, Champagne, Bourgogne, etc.), est inusitée dans d'autres (Provence, Languedoc, etc.), où d'ailleurs peu de personnes exercent cette profession.

(3) Cass. Req., 4 juin 1850, D. 1850. 1. 163, rapport de M. le conseiller Mesnard. « Attendu, porte l'arrêt, que l'un des éléments constitutifs des actes de commerce, tel que le définit la loi est précisément la nature même de la chose qui fait l'objet de l'agissement, . . . , que ces sortes de biens (les immeubles) résistent, par leur nature, aux conditions sous lesquelles une chose peut être réputée *marchandise*... ». Les tribunaux ont en général suivi cet arrêt de principe conforme à l'opinion de la majorité des auteurs (V. notamment Poitiers, 30 janv. 1889, S. 89. 2. 80) ; les recueils signalent cependant un nombre très important de décisions en sens contraire (V. notamment, Aix 23 juillet 1881, S. 83. 2. 35 ; Chambéry, 21 janv. 1903, *La Loi*, 24 sept. 1903). V. p. 346.

(4) V. notam. Cass. civ., 30 avril 1862, D. 62. 1. 351. Il y a des arrêts de Cours d'appel en sens contraire. V. Georges Dreyfus, *op. cit.*, p. 23 note.

condition toutefois qu'elles ne rentrent pas dans l'une des multiples catégories de l'industrie hôtelière[1].

Les exploitations agricoles sont régies par le Droit civil. Le propriétaire qui cultive sa terre et en vend les produits provenant de son cru, le fermier qui spécule sur l'excédent de ses recettes par rapport au fermage qu'il doit et aux dépenses qu'il fera, ne sauraient être considérés comme des négociants. D'ailleurs, l'article 638, 1er al. C. com., impose à l'interprète une pareille solution[2].

L'industrie extractive ne figure pas non plus dans la liste des entreprises commerciales selon le Code de commerce. Quant aux mines, l'article 32 de la loi du 11 avril 1810 est formel dans le sens de la non-commercialité[3]. Quant aux carrières, il semble bien que la règle doit être la même ; n'a pas le caractère d'un acte de commerce, l'exploitation d'une carrière par un autre que le propriétaire[4] et à plus forte raison par celui-ci.

Restent encore sous l'empire du Droit civil, les particuliers qui, recherchant un bénéfice, ouvrent une école, engagent des professeurs et fournissent l'enseignement moyennant une rétribution périodique. L'instruction n'est pas une marchandise : l'enseignement peut bien juridiquement participer de la nature du louage de services, mais ce genre de contrat n'appartient pas en principe au Droit com-

(1) Paris, 27 février 1846, D. 46. 4 85. L'hôtelier fournit non seulement le logement mais encore le *service*. (G. Dreyfus, *op. cit.*, p. 25).

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 124 et suiv.

(3) L'article 5 de la loi du 9 sept. 1919, disposé, au contraire, que l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce. Nous reviendrons sur cette évolution législative.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 22 B, in fine. Contra : Cass. Req., 30 juillet 1901, D. 1901. 1. 470. Cf. Pardessus, n° 11.

mercial. Et le caractère de l'entreprise ne change pas si le chef d'institution devient un *maître de pension*, en logeant ses élèves et en assurant leur nourriture au moyen de denrées qu'il achète[1]. Ces actes ne sont que l'accessoire de sa profession.

Il faut entendre restrictivement l'expression « agences, bureaux d'affaires ». Il en résulte que, d'une manière générale, les officiers ministériels ne sont pas des commerçants [2], quoique les notaires [3], et les avoués exerçent bien, au point de vue économique, la même profession que les *agents d'affaires* au sens strict et légal.

Nous avons dit aussi que l'idée de spéculation constituait l'un des éléments de la notion de commerçant. Par application de cette règle on doit laisser dans le domaine du Droit civil : les associations qui précisément se distinguent des sociétés en ce qu'elles ne poursuivent point la recherche de bénéfices pécuniaires, les syndicats professionnels, les coopératives de ventes ou d'achats à condition qu'elles se bornent à grouper les offres ou les commandes de leurs membres. On étendra le même raisonnement [4] aux personnes morales publiques : état, département, commune,

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 22 in fine ; Paris, 23 juillet 1852, D. 54. 2. 102 ; *Contra* : Paris, 5 juillet 1883, D. 85. 2. 136.

(2) Cependant sont commerçants les courtiers privilégiés (art. 632 : « toute opération de courtage »), et les agents de change au moins depuis les lois du 21 décembre 1871 et 8 décembre 1883 sur l'élection des juges consulaires. Percerou (Thaller), *Faillites* I, p. 166, note 4 ; Thaller, *De la faillite des agents de change*, 1886.

(3) Mais si le notaire s'est livré habituellement à l'exercice du commerce il est tenu pour commerçant : Cass. Req., 16 janvier 1895, D. 95. 1. 40, Bourges, 17 décembre 1900, D. 1901, 2, 423. Il en va de même pour tous les officiers ministériels et les avocats.

(4) Sur tous ces points, voyez les ouvrages généraux de Droit commercial, notamment Percerou (Thaller) *Faillites* I, p. 159 et suiv.

établissements publics ; elles échappent d'ailleurs à la faillite en vertu du principe qui veut que les personnes administratives toujours présumées solvables ne soient pas assujetties aux procédures civiles ou commerciales d'exécution.

On remarquera en dernier lieu que la loi détermine impérativement quels sont les commerçants ; les règles qu'elle édicte à cet égard sont d'ordre public. N'aura donc point nécessairement la qualité juridique de négociant, l'individu qui l'aura prise dans un acte[1], ou se sera fait inscrire au registre du commerce[2].

§. **II**. — *Les hésitations et les innovations de la jurisprudence ; Les lois du 1er août 1893, du 5 novembre 1894, du 23 avril 1906, du 13 mars 1917 et du 9 septembre 1919.*

Nous nous sommes seulement attachés jusqu'ici à fixer la notion de commerçant selon le Code de commerce et d'après l'interprétation la plus logique que comporte ses dispositions. Quelles ont été les tendances de la jurisprudence depuis un siècle ? Quel a été le travail du législateur ?

1. — Et au sujet d'abord de la jurisprudence, il importe de dire que son unité est loin d'être réalisée : la plupart des solutions que nous avons adoptées avec la généralité des auteurs restent contestées devant les tribunaux. De nombreuses décisions reconnaissent un

(1) Percerou (Thaller) *Faillites I*, p. 168, n° 169 et note 5. — Lyon-Caen et Renault, *Manuel*. n° 46, in fine.

(2) Le registre du commerce a été créé en France par la loi du 18 mars 1919, perfectionnée par la loi du 1er juin 1923) dont le dessein n'a pas été d'élargir la notion de négociant, mais de centraliser les renseignements que les tiers ont intérêt à connaître sur les commerçants. D. 1920. 4. 86.

caractère commercial aux entreprises immobilières, et ces jugements ou arrêts de Cours d'appel ne sont pas anciens[1]. On peut l'affirmer, il y a dans la jurisprudence récente une résistance marquée à la loi[2]; ce faisant les tribunaux cachent mal sous des motifs d'ordre juridique les arguments véritables qui les ont entraînés et qu'ils tirent évidemment de considérations d'ordre économique et pratique. Cette jurisprudence montre la voie au législateur.

L'on rencontre aussi d'autres décisions, inspirées des mêmes idées, qui placent sous la loi commerciale les maîtres de pensions[3], les particuliers exploitant des carrières dans le fonds d'autrui[4], ou spéculant habituellement sur la location d'appartements meublés[5].

Si sur tous ces points la jurisprudence fait preuve d'une certaine hésitation, sur d'autres elle professe une opinion à peu près unanime, mais contraire à la lettre des textes comme à leur esprit. Ainsi elle ne considère point que l'énumération légale des actes de

---

(1) Voyez notamment : Aix, 23 juillet 1881, S. 83. 2. 35 ; Chambéry, 21 janvier 1903, *La Loi*, 24-25-26 septembre 1903. (Dreyfus, *op. cit.*, p. 11, note 3).

(2) Il est hors de doute en effet que les rédacteurs du Code de commerce ont entendu soustraire au Droit commercial les opérations et les entreprises immobilières. Il est à peine quelques auteurs qui se sont prononcés en sens contraire sur le terrain du Droit positif, tels : Emile Olivier, *Rev. pratique de Droit*, 1856, p. 244 et suiv. et Garsonnet, *Rev. critique* 1869, p. 344 et suiv. (Dreyfus, *op. cit.*, p. 9 et note).

(3) Paris, 5 juillet 1883, D. 85. 2. 136 (arrêt précité),

(4) Cass. Req., 30 juillet 1901, D. 1901. 1.470 (arrêt précité).

(5) Cass. Req., 4 juin 1850. D. 1850. 1. 163 (arrêt précité) : Attendu... que si, dans l'énumération des choses qui sont indiquées comme éléments constitutifs de l'acte de commerce, les art. 632 et 633 C. com. ne sont pas limitatifs, il est manifeste néanmoins, que les dispositions de ces articles ne peuvent être étendues, par analogie, qu'à des choses de même nature que celles qui s'y trouvent énoncées ». V. encore : Angers, 23 fév. 1877, D. 77. 2. 172 : « au moins virtuellement ».

commerce soit strictement limitative[1]. Par application de ce principe, elle déclare commerciaux non seulement les actes de louage de meubles en vue de sous-louer, la revente des objets achetés pour être revendus, mais encore les *entreprises de construction terrestres*[2] et *les assurances terrestres*[3]. Pourtant ces sortes d'actes ne sont commerciaux selon le Code qu'en matière maritime ; le texte qui, dans le projet, soumettait à la loi commerciale les entreprises de construction terrestres fut supprimé[4]. Les tribunaux tiennent donc pour négociants les « entrepreneurs » qui se chargent d'édifier des bâtiments ou de faire des travaux sur le terrain d'autrui, même s'ils ne fournissent que la main-d'œuvre[5] et ceux encore qui achètent des terrains pour les revendre après y avoir élevé des constructions[6] de valeur plus ou moins grande et quoique la spéculation immobilière proprement dite l'emporte en importance sur la spéculation relative à l'exécution des travaux[7]. Quant aux assurances terrestres la jurisprudence n'a pas craint non plus d'innover. Elle place sous l'empire du Droit commercial,

---

(1) G. Dreyfus, *op. cit.*, p. 23. note.

(2) Cass, civ., 3 fév. 1869, D. 69. 1. 166 ; Paris, 2 mai 1902, D. 1902. 2. 454. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 1. n° 136.

(3) Cass. civ., 5 fév. 1894, D. 94. 1. 134 ; Paris 6 mars 1888, D. 89. 2. 254.

(4) Locré, *Lég. civ.*, t. 8, p. 292.

(5) Paris, 2 mai 1902, D. 1902, 2. 454. Lorsque l'entrepreneur fournit les matériaux, on peut soutenir qu'il y a achat de ces matériaux pour les revendre ouvragés (art. 632).

(6) Cass. civ., 3 fév. 1869 (deux arrêts), D. 69. 1. 160, S. 69. 1. 217 ; 29 avril 1885, D. 85. 1. 225 ; Paris 2 mai 1902. D. 1902, 2. 454 ; et les décisions citées par M. G. Dreyfus, *op. cit.*, p. 15, note.

(7) En effet les arrêts à la différence de la doctrine ne distinguent pas entre les hypothèses ou la construction est l'accessoire dans l'opération et celles où elle forme l'objet principal de la spéculation. (Dreyfus, *op. cit.*, p. 15).

non l'acte d'assurance comme en matière maritime et selon l'article 633, mais seulement l'entreprise[1] recherchant des bénéfices en argent par la pratique habituelle de l'assurence[2] ; d'où il suit que son système ne saurait trouver un fondement dans l'analogie qui existe entre l'assurance terrestre et l'assurance maritime ; d'autre part, l'argument que l'on a voulu tirer de ce que ces entreprises peuvent être assimilées à des agences d'affaires[3], apparaît évidemment dépourvu de toute valeur juridique : ici encore, c'est une idée économique qui a inspiré les tribunaux.

On notera enfin que la jurisprudence, depuis longtemps déjà, admet que, « si les opérations de bourse ne sont pas nécessairement par elles-mêmes des actes de commerce, elles peuvent revêtir ce caractère à raison des circonstances et du but dans lequel elles ont eu lieu[4]. « Il en sera ainsi « lorsqu'elles se rattachent à une spéculation impliquant l'achat de titres fait avec l'intention de les revendre[5] » et qu'elles n'ont « en

(1) Cass. civ., 5 fév. 1894. D. 94. 1. 134.

(2) La société d'assurances mutuelles n'est pas commerciale, Cass. Req. 15 juillet 1884, D. 85. 1. 173, alors même qu'elle serait constituée par des commerçants et pour couvrir des risques commerciaux ; Paris, 18 février 1890, D. 91. 2. 367 ; à moins qu'elle ne pratique l'assurance à primes fixes, Paris, 6 mars 1888, D. 89. 2. 254, car elle spécule alors sur l'excédent des primes touchées par rapport aux indemnités versées. V. encore Cass. 28 nov. 1892, *Jour. des Fail.* 1894, p. 55 ; Paris 18 décembre 1911, *ibid.* 1912, p. 102 ; Trib. civ. Sisteron, 27 août 1912. *Gaz. Pal.* 19 février 1912. — Cf. Hamon, *Caractère civil ou commercial des sociétés d'ass. mutuelles*, Journal des fail. 1911, p. 523 et suiv.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 36 bis, note.

(4) Cass. Req., 20 novembre 1899, D. 1900. 1. 20. V. les nombreux arrêts dans le même sens cités en note sous le précédent. Cass. civ., 30 juillet 1912, D. 1914. 1. 86.

(5) Léon Lacour, note sous Trib. Com. Seine, 24 décembre. 1896, etc., D. 1899. 2. 300.

aucune façon le caractère de placement[1] ». Ainsi sera réputé commerçant le particulier qui, exerçant par ailleurs une profession quelconque, spéculera habituellement sur les valeurs mobilières[2]. Le principe au demeurant n'a rien de prétorien, car les valeurs de bourse sont des marchandises ; mais il est gros de conséquences pratiques. Il suffit de penser qu'il fait entrer sous la loi commerciale et soumet à *la faillite* les personnes, autrement non-commerçantes, qui sont les plus exposées à une ruine brutale et à une rapide insolvabilité, en un mot, les individus à l'encontre desquels précisément on a réclamé avec le plus d'insistance[3] « l'organisation de la déconfiture » en Droit civil.

2. — A la poussée de la jurisprudence tendant à élargir la notion de commerçant, est venu s'ajouter le travail du législateur dans les lois du 1er août 1893, du 5 novembre 1894, du 23 avril 1906, du 13 mars 1917 et du 9 septembre 1919.

La plus récente, modifiant la loi du 21 avril 1810 sur les mines, en ce qui concerne la durée des concessions et la participation de l'Etat aux bénéfices, dispose à l'article 5 que « l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce[4] ». C'est là une brèche au principe qui exclut du Droit commercial

(1) Trib. com. Seine, 7 mai 1897, D. 1899. 2. 297, note précitée de M. Léon Lacour.

(2) Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, 2e éd. 1921, T. 1. p. 56. note 1.

(3) V. notam. Trancou (*op. cit.*) introduction.

(4) Le même article ajoute : « cette disposition s'applique aux sociétés civiles existantes, sans qu'il y ait lieu pour cela de modifier leurs statuts La loi a donc un certain effet rétroactif. — Pour les travaux préparatoires : voyez D. 1920. 4. p. 45 et, spécialement pour l'article 5, p. 49, note 2. — L'article 32 de la loi du 21 avril 1810 disposait que « l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce ».

les entreprises immobilières et une modification directe des règles antérieures.

Plus curieuse est la loi du 1er août 1893, dont l'article 6 a ajouté à celle du 24 juillet 1867 un article 68 ainsi conçu : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». On admet généralement que ce texte ne concerne que les sociétés par actions, et ne régit point les sociétés en commandite par intérêts[1].

Il faut aussi décider que le caractère commercial de la société n'entraîne pas par voie de conséquence le caractère commercial de ses opérations ; celles-ci conservent leur nature civile[2] ; les contestations dont elles sont l'occasion échappent à la compétence des tribunaux de commerce. Mais la société[3] considérée comme personne commerçante doit tenir

---

(1) Cass. civ., 3 janvier 1912, D. 1912. 1. 500 (note sur la controverse) et *Jour. des fail.*, 1912, p. 97 (note). Mais la jurisprudence recherche si les parts sociales qualifiées intérêts dans les statuts ne sont pas en réalité des actions. Percerou (Thaller) *Faillites* II, p. 644, note 4 ; Trib. com. Seine, 20 fév. 1912 et Amiens, 20 nov. 1912, D. 1913. 2. 273, dissertation de M. Albert Chéron ; *Jour. des fail.*, 1913, p. 10.

(2) Lyon-Caen et Renault, (*Traité*, I. n° 182 quarter et II, nos 1085 et 1085 bis. — Lyon-Caen *Revue du com. et de l'industrie*, 1894, p. 148. — Lacour note sous Paris, 10 juillet 1894, D. 95. 2. 105. — M. Thaller (*Annales de Droit Commercial*, 1894, p. 136 et suiv.) admet au contraire que toutes les opérations des sociétés civiles à forme commerciale sont des actes de commerce par voie de conséquence, sauf les opérations sur les immeubles.

Pour une bibliographie plus complète sur la controverse, v. Cohendy et Darras, *Code de com. annoté*, loi du 24 juil. 1867, art. 68, n° 56 et suiv.

(3) A la condition qu'elle ait été constituée depuis la promulgation de la loi du 1er août 1893 qui ne dispose que pour l'avenir, (argument : « seront constituées »).

des livres et peut faire l'objet d'un jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire[1].

L'article 6 de la loi du 1er août 1893 a été d'ailleurs voté spécialement dans ce dessein[2]. Il se rattache à la même idée que la loi du 1er juillet 1893 relative à la liquidation de la *Compagnie de Panama*, société civile immobilière à raison de son objet[3]; mais au lieu d'organiser une procédure particulière, imitée de la faillite, pour les sociétés civiles insolvables, il fait entrer dans la classe des commerçants les plus importantes de ces sociétés, celles dont le capital se compose d'actions, et résout ainsi à leur égard d'une manière simple et élégante le problème de la faillite civile.

La loi du 5 novembre 1894 créant les *sociétés de crédit agricole* stipule dans son article 4, 1er al., que « les sociétés autorisées par la présente loi sont des sociétés commerciales[4] ». Un texte était nécessaire pour qu'il en fût ainsi. Sans doute, en effet, les opérations auxquelles elles se livrent constituent des actes de commerce par nature, mais elles ne les accomplissent pas dans un dessein de spéculation. La loi exige que le *boni* en fin d'exercice soit réparti entre les syndicats ou entre les membres des syndicats qui ont constitué la société, au prorata des prélèvements faits sur leurs opérations avec la société et dont les statuts

(1) Paris 10 juillet 1894, D. 95. 2. 105, note de M. Lacour. (il s'agissait d'une société immobilière).

(2) V. *Rapport* à la Chambre de M. Clausel de Coussergues, du 9 avril 1892 (Doc. parl. Chambre, annexes, n° 1765, p. 2859 ; D. 93. 4. 70, note 4).

(3) Ainsi avait jugé la première chambre de la Cour d'appel de Paris, le 8 mars 1889 (D. 90. 2. 223).

(4) Le texte ajoute — et cela révèle son esprit — : « dont les livres doivent être tenus conformément aux prescriptions du Code de commerce »

ont fixé le montant ; il ne peut, en aucun cas être partagé, sous forme de dividende entre les membres de la société[1]. La loi du 23 avril 1906 créant des *sociétés de crédit maritime*, adopte le même système en renvoyant dans son article 2 à la loi du 5 novembre 1894. Et l'article 6 de la loi du 13 mars 1917 ayant pour objet l'organisation du *crédit au petit et moyen commerce*, à la petite et moyenne industrie, stipulent que les *sociétés de caution mutuelle* « autorisées par la présente loi, sont des sociétés commerciales, dont les livres doivent être tenus conformément aux prescriptions du Code de commerce ». Ici donc le législateur n'a pas craint de porter atteinte, pour des raisons d'utilité pratique, au principe fondamental qui incorpore l'idée de spéculation à la notion de commerçant.

Il nous apparaît que ces divers mouvements législatifs dont nous avons marqué les directions aboutiront, sous la pression des nécessités économiques et la poussée de la jurisprudence, à une réforme d'ensemble, dans un avenir prochain. Sur ce chemin, comme on va le voir, certaines lois étrangères ont déjà devancés notre pays.

§. III. — *Des commerçants dans quelques législations étrangères.*

Il ne nous appartient pas de présenter une théorie générale de la commercialité des actes ou des personne dans les principaux pays étrangers, car nous n'avons d'autre dessein que d'illustrer les développe-

(1) Article 3 de la loi. La loi du 5 nov. 1894 et la série des lois qui l'ont complétée ont été remplacées par la loi du 5 août 1920.

ments qui précèdent et d'annoncer ceux qui suivent. Aussi nous bornerons-nous à un petit nombre d'indications fragmentaires sur les solutions spéciales du Droit italien, portugais, mexicain, espagnol et suisse, et rappellerons-nous brièvement la base originale mais très connue de la distinction entre commerçants et non-commerçants, dans la législation germanique[1].

1. — Selon le *Code de commerce italien* du 31 octobre 1882[2] dans son article 3, 3° et 20°, sont réputés actes de commerce « l'achat et la revente de biens immeubles, lorsque ces opérations sont faites dans un but de spéculation commerciale[3] » et « les assurances même mutuelles contre les accidents et sur la vie ». Aux termes de l'article 7, l'état, les provinces, les communes, sans pouvoir acquérir la qualité de commerçant, peuvent toutefois faire des actes de commerce, auquel cas ces personnes morales publiques sont soumises aux lois et usages commerciaux ; une faillite spéciale avec possibilité d'un concordat de majorité a été organisée à leur égard par la loi du 17 mai 1900[4].

Le *Code portugais* de 1888[5], article 346-4°, étend le domaine du Droit commercial à l'achat d'un immeuble pour le revendre et à la revente de cet immeuble.

(1) En Angleterre et aux Etats-Unis, pays commerçants par excellence, l'unification du Droit privé est réalisé : la loi ne distingue pas les commerçants des non-commerçants.

(2) Traduction Turrel.

(3) La jurisprudence aurait, par extention du texte, commercialisé toutes les spéculations immobilières, celles sur la location des immeu- notamment. V° G. Dreyfus, *op. cit.*, p. 60 et « Chronique de la jurisprudence italienne ». *Ann. Dr. com.* 1886-1887, p. 50.

(4) V° Percerou (Thaller) *Faillites* I, p. 161, note 2.

(5) Il est entré en vigueur en 1889. Traduction Lehr.

Au *Mexique*, l'article 4 du Code de commerce du 15 septembre 1889 considère comme des commerçants les cultivateurs qui tiennent ouvert un magasin où ils débitent les produits de leur crû.

L'article 2 du *Code de commerce espagnol*, promulgué le 22 août 1885[1], décide que « seront réputés actes de commerce les actes prévus par le présent Code et tous les autres actes d'une nature analogue » Une pareille formule par son imprécision, laisse à la jurisprudence toute latitude pour élargir la notion d'opération commerciale et, par conséquent, de commerçant, tandis que l'ancien Code dans son article 360 soustrayait formellement les opérations ayant pour objet un immeuble, de la classe des actes de négoce.

Le *système suisse* s'éloigne davantage du Droit français. En effet il attache la qualité de commerçant non seulement à l'exercice habituel des actes tenus légalement pour commerciaux, mais encore à l'inscription volontaire sur le registre du commerce, créé par le *Code fédéral des obligations* de 1883 article 865. En vertu de ce texte, toute personne capable et non-commerçante selon les principes ordinaires, a la faculté de s'inscrire[2] ; l'inscription place l'individu, la société ou l'association qui l'ont demandée, sous le régime commercial, notamment quant aux règles de la faillite[3].

(1) Traduction Prudhomme.

(2) Les commerçants, au sens strict du mot, sont obligés à demander leur inscription sur le registre (art. 865 C. O.). Pour eux l'inscription est forcée.

(3) Le principe suisse, comme nous l'expliquerons plus tard, est que la faillite ne peut atteindre que les commerçants et que la poursuite par voie de saisie est interdite à leur égard. Mais il y a des hypothèses ex-

2. — *Le Code de commerce pour l'Empire d'Allemagne*[1] dont la loi d'introduction porte la date du 10 mai 1897 et qui est entré en vigueur en 1900, définit les commerçants[2] dans ses sept premiers articles.

Une première catégorie comprend les *entreprises proprement et nécessairement commerciales*, celles que l'article 1er énumère en neuf paragraphes et qui tiennent leur qualité de la nature de leurs opérations : achats et reventes de marchandises, assurances moyennant primes, transports, affaires d'éditions et d'imprimerie, etc.

Il existe une deuxième catégorie d'exploitations soumises aux lois du commerce : celles qui, suivant l'article 2, *par leur nature et leur étendue exigent une organisation dans le sens commercial.* Mais il faut que leur raison sociale[3] ait été inscrite au registre du commerce[4] ; toutefois cette inscription constitue l'objet d'une obligation légale pour l'entrepreneur.

Enfin, les *exploitations rurales ou forestières* forment une troisième catégorie. Jamais commerciales par elles-mêmes, elles le deviennent lorsque s'y trouve annexée, comme accessoire, une autre exploitation rentrant sous l'une des précédentes catégories, et lors-

---

ceptionnelles qui permettent la poursuite par voie de faillite d'un non-commerçant. L'ensemble de la matière est réglé par la loi fédérale du 11 avril 1889, véritable code complet des voies d'exécution.

(1) Ritleng et Gruber, *Code de commerce pour l'Empire d'Allemagne*, texte allemand avec traduction française, Strasbourg 1899.

(2) Le Droit commercial allemand ne régit pas à la fois les actes de commerce et les commerçants, mais seulement les commerçants. C'est un Droit purement professionnel.

(3) La « *raison sociale* » n'implique pas que l'affaire est entreprise par une société. Selon l'article 17, « la raison sociale d'un commerçant est le nom sous lequel il gère ses affaires commerciales et qu'il signe ».

(4) Le registre du commerce est organisé par les articles 8-17 du même Code.

que, au surplus, l'entrepreneur aura fait inscrire sa raison sociale au registre du commerce : ici l'inscription est purement facultative[1].

On pourra reprocher à la loi allemande l'extrême complication de ses dispositions qui déroutent l'esprit français ; on pourra aussi estimer qu'elle n'aurait point dû enchevêtrer les règles de la commercialité en soi et celles de la commercialité par l'effet d'une inscription au registre ; il n'en reste pas moins, selon nous, que le législateur germanique, en étendant le domaine du Droit commercial aux entreprises quelconques qui, par leur nature ou leur étendue, exigent une *organisation de forme commerciale*, a posé un principe heureux et fécond. Mais au demeurant ce principe n'est pas aussi original qu'il le semble. La loi française du 1er août 1893 sur les sociétés civiles à forme commerciale procédait déjà, incontestablement de la même idée, dont elle n'adoptait, toutefois, qu'une seule des conséquences. Il convient donc de justifier le principe général et d'en déduire, à l'usage du législateur français, des solutions nouvelles, s'il y a lieu.

SECTION II.

La réforme préconisée ; sa nécessité et son principe ; les solutions positives proposées.

§. I. — *Nécessité logique et principe directeur d'une intervention législative qui élargirait la notion de commerçant en Droit français.*

On le sait, ce sont des motifs très divers et de pure

(1) Pour de plus amples renseignements, v. Cosack, *Traité de Droit commercial*, traduit sur la 6e éd. allemande (1902) par Léon Mis, t. 1. 1904.

opportunité pratique qui ont conduit le législateur de 1807 à ranger telles professions dans la classe des professions commerciales[1] et à laisser telles autres sous l'empire du Droit commun. On sait encore que les lois étrangères ont obéi à des considérations de même nature, tout comme les lois récentes de notre pays. Il semble donc qu'il soit vain de chercher un principe général duquel découlerait des règles positives et qui permettrait de critiquer et corriger le système français actuel. Et de fait toute définition *a priori* de la commercialité rationnelle, que l'on voudrait tirer de systèmes économiques ou juridiques serait sans aucune utilité propre : elle ne pourrait recevoir une valeur que de la démonstration que l'on entreprendrait de ses avantages pratiques et de la preuve que l'on ferait de la nécessité de l'appliquer aujourd'hui en législation. D'autre part, si un critérium quelconque de l'acte de commerce ou du commerçant était susceptible de conduire à l'élargissement du domaine occupé par le droit commercial à l'heure présente, il enfermerait par contre à jamais celui-ci entre des barrières immuables et constituerait un obstacle à toute nouvelle évolution.

Mais est-ce à dire qu'il faudra se borner à envisager une à une et sans avoir recours à aucun principe directeur celles des professions actuellement civiles qui se signalent par leur analogie avec les professions réputées commerciales et examiner à propos de chacune s'il serait opportun d'en changer législativement la qualification ? Non point, car il n'est pas

(1) *Directement* en déterminant quelles entreprises sont commerciales, ou *indirectement* en fixant quelles opérations ont le caractère commercial. Nous ne nous occupons pas des actes de commerce isolés.

difficile d'entrevoir que le procédé d'investigation rationnel consistera en définitive à confronter les caractères de la vie juridique des personnes dont on discute, avec *le but et les effet des institutions commerciales supposées invariablement établies*, pour faire ressortir l'utilité pratique de soumettre ces personnes aux règles de ces institutions.

Aussi tiendra-t-on un fil conducteur lorsque nous aurons fixé *les raisons pour lesquelles a été créé un Droit commercial*. Nous montrerons mieux d'ailleurs, au cours même des développements que nous abordons l'intérêt et le mécanisme de notre méthode.

1. — Si d'abord, par opposition à la *commercialité partielle* introduite dans notre législation par la loi du 1er août 1893, on envisage la *commercialité complète* — celle qui touche non seulement la personne mais encore tous ses actes directement[1] ou indirectement[2] — on dira que l'existence d'une loi spéciale au négoce et et dérogatoire au Droit commun trouve son fondement dans les quelques idées suivantes.

En premier lieu, les commerçants[3] accomplissent un

(1) *Directement*, soit lorsque les actes de cette personne constituent par leur répétition une *entreprise* commerciale selon le Code, soit lorsqu'ils appartiennent légalement au Droit commercial en tant qu'*actes isolés*.

(2) *Indirectement*, lorsque les actes de cette personne qui ne sont pas commerciaux en eux-mêmes le deviennent en vertu de la théorie de l'accessoire, parce qu'ils se rattachent à l'excercice de la profession déjà commerciale et sont faits pour ses besoins (*commercialité par relation*). La théorie de l'accessoire comporte d'ailleurs d'importantes exceptions en Droit français, notamment en matière d'opérations immobilières et en matière d'obligations délictuelles ou quasi-délictuelles (Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 40 bis).

(3) Par *commerçants* (ou négociants) nous entendons, au cours des nos 1 et 2 du présent § 1, les personnes qui *aujourd'hui* sont réputées telles par l'effet des règles du *Code de commerce*.

grand nombre d'opérations dans un temps relativement court : ventes, achats, opérations de banques, contrats divers. Leur vie juridique présente un *caractère d'intensité marquée* par rapport à la vie des simples particuliers, de l'employé ou du petit propriétaire par exemple. Aussi, faut-il faciliter l'accomplissement des actes juridiques du négociant, en simplifiant les formalités et en réduisant les frais au minimum. C'est pourquoi, dans notre Droit, la loi commerciale écarte les règles inscrites aux articles 1341, 1353, 1325 et 1326 du Code civil et autorise en principe le juge, à l'article 109 du Code de commerce, à recevoir par témoins ou présomptions, la preuve des opérations commerciales quel que soit le taux du litige[1].

L'institution des tribunaux de commerce et d'une manière plus générale l'organisation d'une procédure commerciale plus simple et plus rapide que la procédure du Droit commun ont également leur origine, en partie tout au moins, dans la nécessité de satisfaire le besoin de célérité et d'économie engendré par l'intensité de la vie juridique et judiciaire des commerçants.

Et se rattachent encore au même principe l'obliga-

(1) L'article 109 du C. com. ne dispose à la vérité que pour les achats et les ventes, mais on l'étend sans difficulté à tous les actes commerciaux, même à ceux qui ne tirent cette qualité que de la théorie de l'accessoire. Cependant il existe de nombreuses exceptions à la liberté des preuves en matière commerciale : constitutions de sociétés, ventes de navires, affrètement, prêt à la grosse, assurance maritime, hypothèque maritime, nantissement d'un fonds de commerce, etc. D'où il suit par exemple, qu'une société d'assurances maritimes bénéficiera de la disposition de l'article 109 seulement pour ses opérations autres que celles en vue desquelles elle a été constituée et qui lui confèrent le caractère de société commerciale. La remarque est intéressante si l'on songe à la possibilité législative de réputer commerçants les « marchands de biens ».

tion imposée aux négociants de tenir des livres et la faculté à eux donnée de prouver, par les écritures qui y sont portées, leurs contrats[1]. Ici cependant intervient aussi une idée nouvelle : la loi se défie quelque peu des commerçants, elle entend qu'ils sachent à tout moment quel est l'état de leur passif et de leur actif, afin que, s'abstenant à temps d'opérations onéreuses, ils puissent éviter leur propre ruine et celle par contre coup, peut-être, de leurs correspondants. De là, le devoir de tenir des livres et la sanction légale de ce devoir : la banqueroute simple facultative, en cas de cessation de payements, aux termes de l'article 586-6°, C. com. *Sauvegarde de l'intérêt général, protection des tiers, surveillance par l'autorité publique*, tels apparaissent bien être les deuxièmes motifs d'une règlementation particulière aux commerçants. A ces derniers et pour cette raison, le Code de commerce a imposé l'obligation de faire connaître au moyen d'une publication le régime matrimonial par eux adopté[2] ; on va jusqu'à les menacer dans certains cas[3] de la banqueroute simple facultative[4] lorsqu'ils négligent de se conformer à la règle ainsi édictée.

(1) Art. 8-12-13, C. com. ; 1329, 1330, C. civ.

(2) Cette publicité est indépendante de celle organisée par la loi du 10 juillet 1850 (loi Valette) dont le système et la portée sont tout différents, mais qui s'applique aux commerçants comme aux non-commerçants.

(3) Art. 69-70-586-3° C. com. La banqueroute ne peut atteindre que le négociant failli qui ayant embrassé la profession de commerçant seulement après son mariage avec adoption du régime dotal ou de la séparation de biens, n'aurait pas fait la publication requise, dans le mois du jour où il a ouvert son commerce. Lorsque l'un des époux était au contraire déjà commerçant lors de son mariage, la précédente sanction disparaît pour faire place à la responsabilité pénale, disciplinaire et civile du notaire rédacteur du contrat de mariage (art. 68 C. com., loi du 16 juin 1820, art. 10).

(3) Avant la loi du 28 mai 1838, le défaut de publication était un cas de banqueroute frauduleuse (ancien art. 69).

Et c'est un motif en tout point semblable qui a inspiré le législateur contemporain dans la loi du 18 mars 1919, créant un registre du commerce afin de centraliser les renseignements que les tiers ont intérêt à connaître sur les commerçants.

2. — En troisième lieu, l'institution d'une législation spéciale aux négociants se justifie encore par la nécessité de leur donner le large *crédit* dont ils ont besoin et qui forme l'une des conditions essentielles de leur vie commerciale et du développement économique de la nation. Et il s'agit moins de leur assurer du crédit à très long terme avec ou sans garantie réelle [1] pour leur permettre d'étendre leurs affaires, que d'inciter leurs créanciers chirographaires à proche échéance à leur faire confiance : le crédit à court terme constitue le fondement économique des *effets de commerce* dont les commerçants usent journellement à l'époque actuelle et qui leur tiennent lieu de monnaie. La loi parvient au but ainsi défini, en renforçant les droits que les créanciers chirographaires du négociant tirent du Droit commun des obligations. N'est-il pas évident qu'ils octroyeront d'autant plus volontiers un terme à leur débiteur, qu'ils auront à leur usage lors de l'échéance une arme plus efficace contre lui ?

Diverses institutions du Droit commercial ont leur base dans cette idée et témoignent de sa valeur. La

(1) On peut signaler comme interventions législatives en faveur du *crédit commercial à long terme et sur garanties* : les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, les lois du 28 mai 1858 et 31 août 1870, sur les marchandises déposées dans les magasins généraux et les warrants, enfin les art. 91 93 C. com. (loi du 23 mai 1863) sur le gage commercial en général.

contrainte par corps, qui en matière civile avait été à peu près complètement abolie dès l'ordonnance de 1667, a subsisté à l'égard des négociants et même des simples particuliers qui souscrivent des lettres de change [1], jusqu'à la loi du 22 juillet 1867 dont d'excellents esprits réclament aujourd'hui l'abrogation [2]. D'autre part et de nos jours encore, l'article 417, C. pr., donne le droit au président du tribunal de commerce de permettre de saisir conservatoirement les effets mobiliers de la partie assignée, en assujettissant le demandeur, soit à fournir caution, soit à justifier d'une solvabilité suffisante. L'article 172, C. com., dispense même de ces dernières conditions le porteur d'une lettre de change protestée faute de payement, lorqu'il agit contre le tireur, l'accepteur ou l'endosseur. Le Droit civil ignore ces faveurs faites aux seuls créanciers d'obligations commerciales.

L'institution de la faillite trouve sa raison d'être, *quant aux commerçants*, dans la nécessité de leur assurer le large crédit chirographaire dont ils ont besoin et qui pour la plupart des autres personnes serait sans utilité. Car la faillite, nous l'avons montré, est un organisme à deux faces et à double fin. Voie de contrainte individuelle très énergique à l'état de simple menace latente et avant la cessation des payements, elle devient une voie pleinement égalitaire,

(1) Toutefois les femmes et les filles non-négociantes ou marchandes publiques étaient soustraites à l'exercice de la contrainte par corps, l'article 113 décidant que leur signature sur les lettres de change ne valait que comme simple promesse. Cette dernière disposition, qui n'avait plus de raison d'être depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière commerciale, a été abrogée par la loi du 8 février 1922 sur la lettre de change.

(2) V° Ed. de Biéville, *Du rétablissement de la contrainte par corps*. thèse Paris, 1904. Cf. Planiol II, n° 177.

mais à champ limité, à partir de l'origine de la période suspecte et surtout après le jugement déclaratif. Si, au regard du principe d'égalité, la procédure de dessaisissement collectif pourrait présenter à peu près les mêmes avantages en Droit civil qu'en Droit commercial, il nous semble par contre évident que la faillite — envisagée sous son aspect de contrainte individuelle et successive lorsque le débiteur s'efforce en payant à chaque échéance d'éviter le prononcé redouté du jugement d'ouverture — satisfait à un besoin plus pressant en Droit commercial qu'en Droit civil. La faillite joue alors un rôle comparable à celui de la contrainte par corps qui, remarquons-le, avant sa disparition du Droit privé n'y était, elle aussi, précisément qu'une institution commerciale.

En résumé, en admettant même que la voie d'exécution par dessaisissement général doive trouver sa place dans la loi civile, en raison surtout de la sanction dont elle pourrait munir le principe d'égalité, on dira que l'existence de cette procédure dans la loi du commerce se justifie doublement, parce qu'elle constitue par ailleurs l'une des assises de ce crédit chirographaire large et continu, dont les négociants usent seuls[1].

---

(1) Ce n'est point le fait qu'après l'ouverture de la voie collective les créanciers sont tous placés sur le pied d'égalité qui donne à la faillite le pouvoir d'augmenter le crédit des débiteurs qui y sont soumis. La loi du concours restreint en effet le droit du créancier ; celui-ci ne demande pas qu'à l'échéance de l'obligation qui le concerne et au cas où le débiteur refuse d'exécuter, le patrimoine soit distribué entre tous les créanciers ; il voudrait bien plutôt pouvoir forcer directement ou indirectement ce débiteur à employer les derniers débris de son actif pour le payer intégralement et par préférence, résultat auquel tendait la contrainte par corps et tend encore par un certain côté la faillite à l'état de simple menace.

Et cela est si vrai, que la loi de 1838 dans le désir d'assurer un meilleur et plus solide crédit aux commerçants a non seulement décidé que la date des effets du jugement serait en principe le jour de son prononcé

Une idée voisine mais différente mérite enfin et en quatrième lieu de retenir l'attention ; les commerçants sont de bien plus *gros débiteurs* que les autres individus et ont de plus *nombreux créanciers*. Un pareil fait entraîne la nécessité d'organiser une procédure simple et rapide[1] pour la liquidation de leurs patrimoines insolvables et confirme l'utilité tout particulièrement marquée de la faillite commerciale : voie globale de liquidation, dont un organe unique, le syndic, centralise et accélère les diverses opérations.

On dira donc, en définitive, qu'une législation spéciale a été créée pour les commerçants, parce que leur vie juridique est intense, parce qu'ils ont besoin de crédit, parce qu'ils doivent des sommes élevées, parce que, enfin, dans l'intérêt général il convenait de les soumettre à une loi plus rigoureuse que la loi de Droit commun.

3. — Or, il nous semble logique et nécessaire que les idées qui ont servi de fondement au principe de la division de la législation privée en deux branches, servent aussi à répartir les personnes et à placer les unes sous la loi civile, les autres sous la loi commerciale. Demander pourquoi il faut un Droit d'exception pour les négociants et rechercher quelles conceptions directrices la loi doit suivre pour dire qui sera en fait négociant, c'est poser, croyons-nous, sous deux formes

---

au lieu du jour de la cessation des payements, mais encore que le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre payé à l'échéance, au cours de la période suspecte et alors que ce créancier connaissait l'état de cessation de payements du débiteur, échapperait à l'obligation de faire rapport à la masse de la somme par lui ainsi reçue (art. 449, C. com.).

(1) On le remarquera, le même fait ne conduit pas nécessairement à l'institution d'une procédure égalitaire.

en apparence différentes, identiquement la même question.

Sans doute fixe-t-on d'abord le contenu de la législation commerciale, et par conséquent l'utilité et la raison d'être de celle-ci, par rapport aux individus qui sans discussion possible, tels que les marchands d'objets mobiliers, font partie de la catégorie des négociants et méritent l'appelation de *commerçants nés*. Mais ce premier travail d'approche terminé, le législateur commettrait un non sens, s'il ne tirait pas de la raison d'être et de l'utilité abstraites du Droit commercial la notion légale de commerçant[1]. Ainsi, et pour illustrer d'un exemple hypothétique notre raisonnement, si l'on suppose que les institutions commerciales doivent leur existence au seul fait que les négociants nés sont de gros débiteurs, il faudra sous peine de manquer à la logique déclarer légalement négociants tous les gros débiteurs.

Aussi bien, en combinant les divers motifs de la division bipartite du Droit privé et *sous réserve de difficultés particulières*, nous pouvons affirmer qu'il incombe au législateur de réputer commerçants tous les individus et toutes les collectivités qui, *au moment où il légifère*, emploient largement et continuellement le crédit chirographaire à court terme, sont normalement obligés envers de nombreux créanciers pour des sommes considérables même à longue échéance et appartiennent, soit à cause de leurs opérations proprement professionnelles, soit à cause des actes accessoires qu'ils accomplissent journellement, à ce monde des affaires dont l'activité juridique intense contraste avec

(1) On pourrait dire de la même manière que le contenu du Droit commercial et la notion légale de commerçant, sont logiquement et réciproquement liés.

la vie ralentie ou passive de la masse des citoyens et implique dans l'intérêt des tiers et du public une intervention spéciale de l'Etat.

Que cette formule très générale démontrée rationnelle et exacte ait été implicitement celle des rédacteurs du Code, qu'en d'autres termes, et en tenant compte des faits en 1807, l'énumération qu'ils ont donnée des commerçants et des actes de commerce corresponde aux raisons pour lesquelles ils ont cru à la nécessité d'un Droit commercial, il est possible de le penser aujourd'hui. Il suffit toutefois de constater qu'*à l'heure présente* le principe théorique que nous avons établi contient évidemment la condamnation du système de 1807, et révèle l'utilité d'une réforme qui adapterait aux faits modernes les solutions positives des lois encore en vigueur.

Au surplus, il faudrait se garder d'attribuer à ce même principe une valeur qu'il n'a pas. Loin d'être un critérium rigide reposant sur une théorie préconçue, juridique ou économique, de la commercialité, il prétend seulement grouper *a posteriori* dans un faisceau les motifs de pure opportunité pratique, qui, ayant conduit le législateur à l'institution d'un Droit commercial, doivent le *guider* aussi dans la classification des personnes en commerçantes ou non-commerçantes et l'amener aujourd'hui à édicter les règles concrètes nouvelles que nous allons exposer.

§. **II.** — *Les solutions positives proposées ; néo-commercialité, registre du commerce, entreprises immobilières.*

Trois procédés techniques s'offrent au choix du législateur pour réaliser la réforme dont s'agit,

Ou bien, traduisant dans la langue juridique la formule que nous avons donnée de la commercialité rationnelle, il élaborera un critérium plus ou moins concret et précis et confiera aux tribunaux le soin de l'appliquer. Ou bien, puisqu'en définitive l'octroi de la qualité de commerçant est une faveur pour ceux qui la reçoivent, il autorisera les personnes, qui en vertu des textes en vigueur ne l'ont pas, à la réclamer individuellement si bon leur semble, au moyen notamment d'une demande d'inscription sur le registre du commerce. Ou bien, enfin, il ajoutera simplement de nouvelles opérations ou entreprises sur la liste de celles qu'il répute déjà commerciales ; il insérera, par exemple, dans le corps de l'article 632, C. com., une disposition visant *toute* entreprise d'achats d'immeubles pour les revendre ou les louer.

Nous pensons que ces trois procédés peuvent et doivent avoir chacun leur domaine d'emploi. On les examinera successivement et l'on marquera au fur et à mesure, après les avoir précisés ou combinés s'il y a lieu, les solutions positives qu'ils permettent et que nous croirons utile de retenir.

A un autre point de vue, le législateur choisira encore : il adoptera, quant aux effets des nouveaux textes, soit le système de la commercialité complète, soit celui de la commercialité partielle suivi par la loi du 1er août 1893, soit un système intermédiaire. La question se posera à propos de chacune des solutions qui ont été annoncées.

1. — Le principe directeur que nous avons fait nôtre à la fin du paragraphe précédent, évoque à l'esprit les termes de la règle allemande qui soumet au

Code de commerce les entreprises quelconques, lorsque leur étendue et leur nature nécessitent une organisation commerciale c'est-à-dire leur imposent les façons d'agir particulières aux vrais commerçants. Mais un texte ainsi rédigé laisse aux tribunaux une liberté d'appréciation qui romprait avec les traditions législatives françaises. Il aboutit à abandonner à la jurisprudence la tâche qui incombe naturellement à la loi ; la notion de commerçant que nous avons élaborée est à l'usage des rédacteurs de codes, elle n'est pas à l'usage du juge. Il faut à celui-ci un critérium simple et précis : or, nous ne voyons pas comment on pourrait définir la *commercialité par organisation,* de telle sorte que toutes les personnes auxquelles elle devrait s'appliquer rentrent sous les termes d'une définition générale et que toute controverse soit à l'avance écartée.

La difficulté disparaît cependant, si, décomposant le problème, on cherche un critérium spécial à des entreprises qu'un caractère commun externe range déjà dans une même catégorie Ainsi procédera-t-on séparément pour les *sociétés,* les *associations*, les *maîtres de pension* et les *agriculteurs.*

Certaines exploitations de natures diverses présentent la particularité d'être gérées non par un individu isolé, mais par un groupement, une société. Ce fait révèle leur importance : les hommes s'unissent lorsque l'œuvre est trop lourde à accomplir pour un seul. Et si cette société a pour qualité d'avoir été constituée par actions, il apparaît bien que son entreprise est puissante, qu'elle participe largement au mouvement juridique et économique, qu'elle a besoin de crédit, qu'elle se trouve débitrice normalement de sommes considé-

rables, qu'en un mot, le législateur doit la réputer commerçante parce qu'elle est en état de tirer de l'ensemble des institutions proprement commerciales exactement le même profit que les négociants nés et d'en subir les mêmes effets salutaires dans l'intérêt du public et des tiers. N'emprunte-t-elle pas au surplus sa forme[1] aux usages des commerçants et ne trouve-t-elle point dans la loi faite plus spécialement pour eux les règles de son fonctionnement interne ?

Mais il ne s'agit pas de justifier l'intervention législative du 1er août 1893 ; il s'agit de savoir s'il faut ou non en dépasser les résultats. Sur ce point, nous n'hésitons pas à soutenir l'opinion affirmative et à nous prononcer en faveur d'une extension.

Les motifs de la loi s'appliquent aussi bien aux *sociétés civiles par actions* déjà constituées lors de son entrée en vigueur qu'aux sociétés formées postérieurement : une disposition expresse la déclarera rétroactive, sans imposer une modification des statuts[2]. De même, le texte nouveau, tranchant d'ailleurs une controverse, étendra la solution de 1893, aux *sociétés en commandite par intérêts* ; ici encore se retrouvent, quoique un peu diminués, les éléments que nous avons découverts dans la commercialité rationnelle[3]. Bien

(1) On ne saurait nier que le législateur de 1893 (V. la suite du texte) se soit laissé influencé grandement par cette dernière idée. Mais il faut bien voir qu'elle masque seulement les véritables motifs de la réforme, que nous avons énoncé au texte. La forme commerciale de la société n'est qu'un critérium pratique de commercialité virtuelle.

(2) La loi du 9 septembre 1917 sur les mines offre un exemple de ce procédé. Après avoir dans son article 5 déclare que « l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce » (commercialité de l'entreprise) elle ajoute : « cette disposition s'applique aux sociétés civiles existantes sans qu'il y ait lieu pour cela de modifier leurs statuts ».

(3) On pourrait, si l'on ne voulait pas aller aussi loin, compliquer le

mieux, nous pensons qu'il convient de réputer commerçantes les sociétés en nom collectif composées de plus de trois membres, quelles que soient la nature de leurs opérations.

D'autre part, la commercialité quant à la personne morale elle-même, doit à notre sens emporter par voie de conséquence la commercialité de tous ses actes[1] autres que les opérations immobilières[2].

Enfin, nous voudrions voir le législateur, poursuivant l'œuvre commencée par la loi du 5 novembre 1894 sur les sociétés de crédit agricole, ranger dans la catégorie des négociants toutes les collectivités constituées sous la forme de sociétés anonymes ou à capital et personnel variables, mais qui ne recherchent pas de bénéfices en argent : coopératives de ventes, d'achats, de production, de consommation et caisses d'assurances mutuelles pures.

Ainsi, sommes-nous appelés à parler des *associations* proprement dites, groupements, à forme civile, que l'idée de spéculation n'anime pas et dont le but est désintéressé. On en trouve d'extrêmement puissantes qui, comprenant un grand nombre de membres, reçoivent, manient et dépensent des sommes considé-

---

critérium en n'attachant la qualité de commerçantes qu'aux sociétés en commandite simple, réunissant au moins deux associés en nom ou au moins quatre commanditaires, par exemple.

(1) La commercialité de la société civile en nom collectif conférerait la qualité de commerçant aux associés au point de vue de la faillite ; elle n'entraînerait pas la commercialité de leurs actes personnels ; seraient soumises aux lois du commerce seulement la société et les opérations sociales.

(2) Nous demandons donc au législateur de confirmer l'interprétation de la loi de 1893 proposée par M. Thaller (*Transformation d'une ancienne société civile par actions en société commerciale et caractère des opérations d'une société de ce genre en Droit actuel*, Annales de Droit commercial, 1894, p. 136 et suiv.). Voyez, infra p. 374, nos explications relatives aux entreprises immobilières.

rables, souscrivent et payent de multiples effets de commerce, et possèdent en fait une « organisation commerciale ». On citera, par exemple, les trois sociétés françaises de secours aux blessés militaires, qui pendant la durée des hostilités ont acheté au comptant ou à terme des marchandises et denrées les plus diverses pour des millions de francs, et aussi, mais avec une activité économique moindre, le « Souvenir Français », qui emploie chaque année ses importantes ressources à l'entretien pieux des tombes où reposent nos soldats tombés au champ d'honneur[1].

Les raisons, qui ont conduit le législateur à créer un Droit commercial plus souple et plus expéditif que le Droit civil et qui doivent le guider dans la détermination des commerçants, ne perdent donc point de leur valeur dans cette matière des associations. On ne distinguera pas entre les associations reconnues d'utilité publique et celles qui, sous le régime de la loi de 1901, sont simplement déclarées. Mais quel sera le critérium de la commercialité ? Le texte s'attachera au budget du groupement, signe tangible de son importance et réputera commerçantes[2] *utilitatis causa*, les associations dont les dépenses annuelles s'élèvent à plus de trois ou quatre cent mille francs. On pourra

(1) Le *Souvenir Français*, association nationale pour l'édification et l'entretien en France et à l'étranger des monuments et tombes des militaires et marins français morts pour la Patrie, fondée en 1887 par Xavier Niessen, reconnue établissement d'utilité publique le 1er février 1906, siège social 229, rue du Faubourg Saint-Honoré, Paris. Cette association accuse pour l'année 1921 un bilan de 1.033.047 francs (Comité central) avec un avoir au 1er janvier 1922 (titres dépôts, caisse au siège) de 509 587 francs et un total des dépenses (du 1er janvier au 31 décembre 1922) de 523.459 francs (Rapport du colonel Larroque, trésorier, assemblée générale du 27mai 1922).

(2) Ce qui ne signifie nullement qu'elles seront autorisées à « faire du commerce » c'est-à-dire à poursuivre un but de spéculation.

étendre les mêmes règles aux syndicats professionnels et tout particulièrement aux syndicats agricoles qui, sous le couvert de la loi générale du 21 mars 1885 modifiée par la loi du 12 mars 1920, constituent de véritables coopératives d'achats.

En vertu du principe de commercialité que nous avons suivi, la loi soustraira encore au Droit commun, quant à leurs personnes et quant à leurs actes, les *chefs d'institutions libres* qui, moyennant salaire, donnent l'instruction, entre présents ou par correspondance, à plus de mille élèves, ou qui fournissent le logement et la nourriture à deux cents au moins.

Nous envisageons enfin les *agriculteurs*. Il n'est pas besoin de démonstration nouvelle et à eux propre pour affirmer la nécessité logique et pratique de faire passer sous la loi commerciale les plus gros d'entre eux : leur vie juridique et leurs méthodes d'affaires sont celles des négociants. Mais la difficulté consiste à distinguer les grandes exploitations agricoles des moyennes et petites. L'étendue du domaine ne peut être prise en considération, à moins que la loi tienne compte de la variété des cultures ce qui aboutirait à un critérium fort difficile à manier. C'est au montant des bénéfices agricoles, tel qu'il sera révélé par les impôts payés par l'exploitant, qu'il faudra se référer. On conçoit à cet égard la confection d'un barrème légal et forfaitaire, à l'usage du juge en la matière. Et serait par exemple réputée grande exploitation celle dont le produit net annuel et moyen est censé dépasser cent ou deux cents mille francs[1].

(1) Les domaines de cette importance ne sont pas rares dans le midi viticole de la France.

Mais entendons bien que ne deviendront commerçants que les métayers, fermiers et exploitants directs[1]. Resteront sous le Droit civil les propriétaires qui ne font pas valoir eux-mêmes leurs terres et y installent des fermiers ou colons partiaires[2].

2. — Toutefois, dira-t-on, si les tribunaux parviendront sans trop d'hésitation à séparer les agriculteurs *néo-commerçants* des agriculteurs ordinaires, en obtenant communication des pièces utiles, il n'en ira pas de même pour le public ; et l'on fera une remarque identique à propos des associations. Il faudrait, pour les tiers, un signe très apparent de la commercialité par l'effet de la loi. Ce signe consistera dans une inscription sur un registre public : le registre du commerce.

Trois systèmes sont possibles. Le premier ajoute une condition supplémentaire à celles que nous avons énumérées et ne répute commerçantes que les personnes physiques ou morales qui, satisfaisant au critérium qui les concernent, ont de plus demandé une inscription au registre.

Il nous paraît préférable d'adopter un second système, car les tiers, qui ont aussi intérêt à se prévaloir de la qualité de commerçant attachée aux individus ou groupements dont s'agit pour demander par exemple leur mise en faillite, ne sauraient supporter les

(1) La qualité de commerçant *utilitatis causa* de l'agriculteur n'entraînerait pas les incompatibilités attachées à l'exercice du commerce proprement dit. Un propriétaire d'un grand domaine, qu'il ferait valoir lui-même pourrait être avocat. Peut-être même, serait-il convenable de décider que l'exercice d'une profession libérale, accessoire, excluerait de plein droit la qualité de commerçant.

(2) A moins, pourrait-on décider, que la part revenant au propriétaire en cas de métayage excède 100.000 ou 200.000 francs.

conséquences du mauvais vouloir de ceux-ci. On autorisera donc tous les intéressés à rapporter la preuve que ces personnes remplissent les conditions de fond exigées par la loi pour qu'elles soient des négociants : seulement, afin de faciliter cette preuve, les néo-commerçants devront obligatoirement s'inscrire sur le registre sous peine d'une sévère sanction pénale.

Un troisième système peut avoir également sa base dans le registre du commerce. C'est le plus simple : l'inscription toujours facultative suffit, à elle seule, pour conférer la qualité de commerçant. Une pareille conception[1] mérite, à notre sens, un emploi législatif, mais à titre complémentaire. *La commercialité par libre déclaration de volonté* trouvera place dans la loi nouvelle à côté de l'ancienne commercialité naturelle et de la néo-commercialité légale et d'ordre public.

3. — Mais ce n'est point là encore tout le contenu de la réforme que nous osons envisager : de la commercialité naturelle elle-même, il faut agrandir le champ ; il faut pour mettre les textes en harmonie avec les faits et les besoins modernes, allonger la liste des entreprises[2] commerciales énumérées aux articles 632 et 633. Ce faisant, on usera bien du même procédé technique direct que les rédacteurs du Code. En effet, l'entreprise visée par la disposition légale nou-

(1) On l'a vu, la loi fédérale suisse a tiré parti de cette conception.

(2) Nous ne recherchons pas s'il y aurait lieu d'allonger la liste des actes isolés, réputés commerciaux en soi. La question est sans intérêt pratique. En tout cas il suffit de la commercialité de l'entreprise pour que la faillite de l'exploitant soit possible, et nous n'oublions pas que la question de l'extension directe ou indirecte de la faillite est notre seul sujet.

velle ne deviendra pas quelquefois et éventuellement un acte de commerce à cause de son importance financière ou de la volonté de l'exploitant ; elle le sera au contraire toujours et nécessairement, la loi attribuant ici le caractère commercial en raison de la seule nature intrinsèque des opérations habituellement répétées qui constituent l'entreprise.

Nous voudrions que par cette méthode la loi du négoce fût étendue aux individus qui exercent la profession de spéculer sur l'achat et la revente d'immeubles[1].

Sans doute, les domaines ruraux, les maisons, les terrains ne se prêtent pas à un transfert aussi rapide et aussi fréquent que les denrées et marchandises. Mais ce n'est pas cela qu'il faut considérer, puisque nous ne demandons point que l'acte accidentel d'achat pour revendre soit réputé commercial en matière immobilière. Ce qu'il faut voir, c'est que les « marchands de biens » font des opérations qui portent sur des choses de grande valeur et qui déplacent d'importants capitaux. Un nombre relativement restreint d'actes d'une telle nature suffit à conférer à l'activité juridique et économique de ces personnes un caractère d'intensité marquée, qui commande l'élargissement, à leur profit et à leur encontre, du champ particulier au Droit commercial. On constatera par ailleurs que le « commerce » d'immeubles a pris de nos jours un développement considérable et joue, même en période normale, dans le mouvement des richesses un rôle sans cesse accru qui doit attirer l'attention du législateur.

Toutefois, il convient de tenir compte des difficultés

(1) Cf. G. Dreyfus, *op. cit.*, p. 74 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 110.

spéciales à la matière. On ne peut songer à soumettre les transactions immobilières au régime de la preuve libre : la vente d'immeuble, tout comme la vente de navire[1] acte de commerce en soi cependant, sera établie par un écrit.

D'autre part, on ne saurait nier l'inaptitude des tribunaux de commerce à trancher des procès sur *la propriété* immobilière. Ces questions très complexes resteront de la compétence des tribunaux civils ; mais lorsque la propriété ne sera pas en jeu et qu'il s'agira, par exemple, en présence d'un acte de vente reconnu régulier par les parties, de condamner l'acheteur au payement du prix ou même d'interpréter les clauses du contrat, les juges consulaires connaîtront du litige[2].

Il ne nous semble pas utile, par contre, de classer dans la catégorie légale des commerçants les individus dont la profession consiste à acheter des immeubles pour les louer. Mais nous n'hésitons pas à demander l'application du Droit commercial à ceux qui, habituellement, prennent à bail des locaux d'habitation ou des fonds de terre pour en opérer la sous-location.

Ces dernières personnes déclarées commerçantes, comme les « marchands de biens », et toutes les autres que, par des procédés différents, le législateur fera successivement passer sous la loi commerciale[3],

(1) Art. 195 C. com.

(2) Les partisans de l'extension du Droit commercial aux opérations ou entreprises immobilières ne distinguent pas en général. Cf. Garsonnet, *Rev. critique*, t. 25, p. 334 ; G. Dreyfus, *op. cit.*, p. 91 et suiv.

(3) Il est une question spéciale qui mériterait une étude distincte et approfondie mais qui dépasse le cadre de cet ouvrage. Ne conviendrait-il pas de réputer commerçants les *notaires* ?

On pourrait, pour soutenir l'affirmative, insister sur leurs fonctions officieuses (V. Planiol II, n° 140) montrer qu'ils manient des sommes

n'échapperont plus désormais à la faillite. C'est dire qu'à leur égard le problème de la faillite civile se trouve indirectement mais entièrement résolu. Et la solution adoptée, en ce qui les concerne, apparaît même plus logique, plus rationnelle et plus simple que la seule organisation d'une voie d'exécution avec liquidation collective à elles spéciale.

Quoi qu'il en soit, de ces débiteurs actuellement non-commerçants mais qui devraient être des négociants, nous n'aurons pas à nous occuper dans nos derniers chapitres où nous allons essayer de résoudre le problème proprement dit de la faillite civile.

---

considérables, même depuis le décret du 2 janvier 1890 qui leur a interdit toutes une série d'opérations ; en déduire qu'ils ont besoin de crédit ; établir en définitive que les motifs fondamentaux de la création d'un Droit commercial s'appliquent aux notaires. On pourrait encore les rapprocher des agents de change qui sont des commerçants.

Mais les objections d'ordre pratique ne manquent pas à l'encontre d'une pareille thèse : les procès qui les concernent ne sauraient être jugés par les tribunaux consulaires.

La vérité, croyons-nous, consiste à ranger les notaires dans une catégorie professionnelle distincte et à organiser leur statut dans le cadre de la loi civile mais avec de très larges emprunts au Droit commercial. On ne créerait pas pour eux une faillite civile, mais on les soumettrait ainsi purement et simplement aux règles des art. 437 et suiv. C. com., en donnant toutefois compétence aux tribunaux civils pour les appliquer. (Cf. Maulmond, substitut du procureur général, depuis premier président de la Cour de Bourges, *Discours de rentrée*, 1893, Cour d'Appel de Bourges). C'est pourquoi nous estimons que le problème proprement dit de la faillite civile n'intéresse pas les notaires.

TITRE DEUXIÈME

Le Problème proprement dit de la Faillite civile, Essai d'une solution

La question est celle-ci : Etant donné qu'il existe deux systèmes d'exécution forcée : la faillite qui est propre au Droit commercial et la saisie qui appartient au Droit commum, faut-il proposer au législateur de remplacer à l'encontre des non-commerçants la saisie par la faillite, ou du moins de faire une place à la faillite à côté de la saisie ?

Or, une réponse affirmative supposerait non seulement que la sanction civile de l'obligation chirographaire de somme d'argent est imparfaite, ce dont on ne saurait douter, mais encore que son aménagement, selon l'esprit qui lui est propre, ne pourrait point suffire. On marquera donc d'abord les vices les plus tangibles du système civil d'exécution forcée et leurs causes, et l'on dégagera, en même temps, les effets qui caractérisent un bon système et que la réforme quel que soit son principe devra s'employer à obtenir.

On ira chercher ensuite des précédents dans le

Droit comparé : on ne considèrera pas uniquement les législations qui ont soumis à la faillite les non-commerçants, on examinera aussi quelques unes de celles qui ont tenté de perfectionner la procédure dont la saisie constitue la pièce essentielle.

C'est alors que l'on choisira entre les deux groupes de solutions possibles, nous voulons dire entre la création d'une voie collective civile accompagnée d'une épreuve de solvabilité et la simple réforme de la saisie et des institutions annexes.

Ainsi se justifie le plan que nous avions déjà annoncé en tête de notre *Deuxième Partie* et que nous croyons utile de rappeler :

CHAPITRE I. — **Les fâcheux effets du système civil de l'exécution forcée en Droit français, leurs causes nécessité d'une intervention législative.**

SECTION I. — Saisie et Egalité : ce pourquoi la saisie n'est pas égalitaire. — SECTION II. — Les autres vices du système civil de l'exécution forcée : impuissance de la loi à l'égard de la fraude des débiteurs insolvables et de la résistance injustifiée des débiteurs en état de payer.

CHAPITRE II. — **Les solutions apportées au problème proprement dit de la Faillite civile par les principales législations étrangères.**

SECTION I. — Législations étrangères ayant institué une faillite commune aux commerçants et aux non-commerçants : Angleterre, Allemagne, Pays-Bas. — SECTION II. — Législations étrangères connaissant une faillite civile distincte de la faillite commerciale : Hongrie, Pays Scandinaves, Espagne. — SECTION III. — La loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite. — SECTION IV. — Législations étrangères ayant essayé de perfectionner les institutions ordinaires d'exécution forcée : Belgique, Espagne, Portugal.

CHAPITRE III. — **La réforme législative proposée : le perfectionnement des voies civiles d'exécution.**

SECTION I. — Description sommaire d'un régime perfectionné d'exécution par saisies. — SECTION II. — Les inconvénients et les dangers de l'organisation d'une faillite civile.

CHAPITRE PREMIER

Les fâcheux effets du système civil de l'exécution forcée en Droit français ; leurs causes ; Nécessité d'une intervention législative

Saisie et Egalité. — Les autres vices du système civil de l'exécution forcée.

On pourrait songer, pour formuler une appréciation critique de la sanction civile du droit de créance, à décomposer celle-ci en ses diverses institutions élémentaires — titre exécutoire, hypothèque judiciaire, saisie proprement dite, distribution par contribution, action oblique et action paulienne — afin de juger chacune séparément. Notre méthode sera plus simple. On considèrera la procédure civile d'exécution dans son ensemble et l'on mesurera l'importance pratique de chacun des inconvénients qu'elle présente.

Son vice le plus apparent est de n'être pas égalitaire, nous la confronterons donc dans une première section avec le principe d'égalité.

Nous grouperons dans une section deuxième ses autres vices dont le principal est qu'elle permet la fraude et la dissimulation.

SECTION I.

Saisie et Egalité : ce pourquoi la saisie n'est pas égalitaire.

§. I. — *Généralités.*

1. — La procédure d'exécution par saisies ne suppose ni en Droit ni en fait l'insolvabilité du débiteur. Celui-ci a simplement refusé de payer ; la cause de son refus peut être tout aussi bien son mauvais vouloir que sa pénurie, car la crainte de la saisie ne produit point généralement cet effet comminatoire que nous avons reconnu appartenir à la menace de la faillite. Mais pour qu'il soit permis de confronter les résultats matériels de la sanction civile de la créance avec les conséquences logiques et nécessaires de la règle fondamentale de l'égalité entre les créanciers, il suffit d'avoir remarqué que la procédure par saisies est universelle et s'applique, *dans la prévision du législateur*, indistinctement aux hypothèses où le passif de l'obligé dépasse son actif et à celles où la valeur de ses biens couvre le montant de ses dettes.

Au demeurant très soutenable apparaît cette conception légale. Il n'est pas besoin avec elle de rechercher le moyen mécanique ou judiciaire qui éliminera les débiteurs solvables du champ de la procédure spéciale à l'insolvabilité : la loi organise une voie unique agissant absolument de la même manière contre les récalcitrants et les personnes ruinées[1].

(1) La faillite, on la vu, agit bien aussi sur les débiteurs récalcitrants parfaitement solvables. C'est là l'effet non point de la mise en œuvre de la procédure des articles 437 et suiv. C. com, mais de la menace du jugement déclaratif. Mais cette menace fait payer l'obligé de mauvaise foi, tandis que la procédure proprement dite liquide la totalité de son patrimoine en l'absence d'un concordat. La faillite est donc une institution à double face et à double fin ; la saisie au contraire est réellement une voie unique : elle agit de la *même manière* à l'encontre de tous les débiteurs qui ne veulent ou ne peuvent payer.

Le principe ainsi dégagé n'appelle donc aucune critique : on ne peut dire à l'avance que l'absence d'une liquidation particulière aux insolvables constitue une lacune dans le Droit civil. Mais l'on devra rechercher si la procédure universelle a été construite de telle sorte que, *si en fait et par hasard* le débiteur a plus de dettes que de biens, elle assure par le jeu normal de son mécanisme unique la distribution équitable du patrimoine[1].

2. — Nous tenons on le voit, ici encore comme lorsque nous étudiions la faillite et les doubles effets de son existence en Droit commercial, la règle d'égalité pour un postulat. En d'autres termes nous admettons en tant que bases indiscutées les notions fondamentales posées aux articles 2092 et 2093 Code civil. « *Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir* ». Le créancier chirographaire n'acquiert aucun droit réel à la naissance de l'obligation. C'est la personne qui doit, mais la personne même est soustraite à l'action du créancier qui non payé à l'échéance poursuit l'exécution forcée de son droit : la loi lui donne seulement le pouvoir de s'approprier la valeur de tout ou partie du patrimoine.

« *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* », La règle d'égalité

(1) Il faut ajouter cependant que la procédure d'exécution civile comporte une institution spéciale à l'insolvalité : l'*action paulienne* ; pour l'exercer le créancier doit prouver (par la discussion du patrimoine) cette insolvabilité.

proprement dite est le corrolaire de la précédente : c'est la personne qui doit, elle se trouve tenue également et de la même manière envers tous les créanciers ; chacun d'eux tire de la loi la même faculté de la poursuivre sur ses biens.

Un autre principe eut été possible en législation : généraliser les « causes légitimes de préférence » et décider que la distribution de la valeur du patrimoine s'opèrerait dans un ordre prévu, soit selon la date des créances, soit selon un classement établi d'après la qualité des créanciers ou l'origine de leurs droits.

Il ne nous appartient pas d'apprécier un pareil système. De même n'avons-nous pas à discuter de l'opportunité d'une réforme qui restreindrait le nombre et les effets des privilèges en général et des hypothèques légales en particulier que le Droit français admet actuellement. Sans doute dans cette discussion la règle d'égalité et son élargissement sont en jeu, mais cela n'est point de notre sujet, car il ne s'agit plus des moyens pratiques de la mettre en œuvre par un aménagement adéquat des procédures d'exécution. Ainsi en matière de faillite commerciale la loi restreint bien les droits de la femme[1] du débiteur et limite considérablement le privilège du bailleur[2] d'immeuble ; que l'on ne s'y trompe pas cependant. Pour parvenir à un résultat absolument identique en Droit civil, point n'est besoin de commencer par soumettre les non-commerçants aux dispositions fondamentales des articles 437 et suivants, C. com. ; il suffit d'un texte abstrait réduisant *en toutes hypothèses* les sûretés

(1) Art. 557 à 564 C. com.

(2) Loi du 12 février 1872, art. 450 C. com.

légales du bailleur et les faveurs faites à la femme selon le Droit commun. Ces garanties ou avantages ont une utilité, en effet, seulement lorsque le locataire et le mari sont devenus insolvables : qu'importe au créancier d'un obligé en état d'exécuter toutes ses dettes de n'être pas payé par préférence ? Supprimer un privilège complètement et sans conditions de circonstances aboutit toujours à cet unique résultat : écarter le privilège chaque fois que le passif total surpasse l'actif total dans le patrimoine débiteur. Le législateur lui-même l'a compris lorsque le 19 février 1889 il a réduit purement et simplement à deux années échues, l'année courante et une année à venir, le privilège du bailleur de biens ruraux.

Rien donc ne lie nécessairement le problème de la faillite civile et le problème de la restriction des causes légales de préférence entre les créanciers. C'est dans une autre direction qu'il faudra opérer nos investigations critiques. Nous aurons toutefois à apprécier le principe et les conséquences de l'hypothèque judiciaire, car elle n'est pas une cause de préférence naissant à l'origine de l'obligation ; à la différence des hypothèques légales, elle forme une des pièces du système de l'exécution forcée et constitue une arme fournie par le Code au créancier chirographaire.

3. — Nous admettons ainsi qu'aucun reproche ne peut être fait au législateur, ni pour avoir institué la règle d'égalité, ni pour avoir soustrait à son champ d'application certains créanciers. La seule question qui nous intéresse est celle de savoir si l'organisation actuelle de la procédure des saisies, et d'une manière plus générale l'exercice par les créan-

ciers de leurs droits, n'écartent pas en fait les effets qui devraient rationnellement découler de cette règle, dont il convient par conséquent de connaître le contenu.

Signifie-t-elle simplement que les créanciers chirographaires qui entreprendront des poursuites sur le même bien de l'obligé s'en partageront au marc le franc la valeur ? Si l'on répondait par l'affirmative, du coup faudrait-il déclarer que la procédure d'exécution civile est pleinement égalitaire, car elle ouvre une distribution par contribution entre les divers saisissants d'un même élément de l'actif.

La règle comporte en réalité un sens plus large. Nous l'avons indiqué lors de notre étude de la faillite commerciale. Envisagé dans toute son ampleur et en théorie, le principe d'égalité veut assurément que tous les biens du débiteur, au moins à partir du *jour où il commence à être insolvable*, soient répartis au marc le franc, non seulement dans les distributions forcées à la suite des procédures d'exécution, mais encore dans les distributions volontaires, c'est-à-dire dans les payements.

On examinera jusqu'à quel point la loi civile en ses dispositions concrètes ne satisfait pas à l'une et l'autre de ces deux conditions ; l'on distinguera dès l'abord, quant à la première, selon que l'exécution frappe les effets mobiliers ou les immeubles du débiteur.

§. II. — *Les saisies mobilières et la procédure de distribution par contribution, leurs effets anti-égalitaires.*

Individuelle est la sanction civile du droit de créance chirographaire : les créanciers liquident par

fractions le patrimoine de l'obligé, au moyen de procédures distinctes auxquelles ils ne participent point tous nécessairement.

Mais il ne faut pas exagérer cet individualisme ; il y a dans la loi civile une certaine tendance à l'organisation d'une collectivité. Plus marquée quant aux immeubles grâce à l'hypothèque judiciaire, ainsi qu'on l'apercevra au paragraphe suivant, cette tendance existe déjà en matière de meubles ; elle se manifeste alors dans la procédure de contribution, mais ne concerne que les créanciers, non les biens.

Dans notre étude critique sommaire, nous envisageons un débiteur insolvable. Il l'est en fait, telle est toute notre hypothèse ; nous ne supposons pas que les tiers ou lui-même connaissent sa situation : l'insolvabilité a ce caractère, sur lequel on a insisté bien des fois, d'être un état qui reste longtemps secret.

Il se trouve donc que le passif surpasse l'actif. Aussi bien l'exercice par les créanciers de leurs droits de poursuite aboutira tôt ou tard à la discussion complète du patrimoine. Examinons comment la discussion des meubles va s'opérer sous l'action des diverses saisies échelonnées dans le temps.

Un jour vient où le débiteur refuse de payer un créancier. Celui-ci patiente, puis, s'étant muni s'il y a lieu d'un titre exécutoire, pratique une saisie. Pourvu qu'il ait pu achever la procédure avant l'intervention d'autres créanciers, le produit de l'exécution lui appartiendra en totalité. Or, il en sera ainsi généralement pour toutes les premières saisies, car les créanciers inactifs ou à terme les ignorent. Aucune espèce de publicité ne signale qu'une saisie-arrêt est

en cours[1]. La procédure de saisie-exécution comporte, il est vrai, une apposition d'affiches et des insertions dans les journaux[2], mais ces mesures tendent seulement à attirer des adjudicataires, et le nom du saisi n'est pas nécessairement porté à la connaissance des tiers. Dans les villes une saisie-exécution passe complètement inaperçue. A la campagne et lorsque la vente est faite au domicile même du débiteur, les créanciers qui résident sur place seront quelquefois avertis ; ils devront se hâter cependant pour former leurs oppositions, car elles ne seraient plus recevables si le produit de la vente avait été déjà versé entre les mains du saisissant[3]. Quelle que soit leur hâte, ils arriveront trop tard fort souvent.

C'est là une grave cause d'inégalité. Après avoir entendu supprimer tout droit de préférence entre les créanciers chirographaires et abolir notamment celui que la Coutume avait donné au premier saisissant, la loi institue un privilège de fait[4] pour raison de diligence et revient aux errements de l'ancien Droit.

Le patrimoine de l'obligé s'épuisant, les saisies

(1) C'est avant le jugement de validité que les créanciers non saisissants doivent former leurs oppositions pour avoir droit à une part des deniers saisis-arrêtés. Aux termes, en effet, d'une jurisprudence constante, ce jugement passé en force de chose jugée emporte cession-transport de la créance saisie-arrêtée, au profit exclusif des saisissants et opposants antérieurs à ce jugement (Cuche. *Précis des voies d'exécution*, n° 143 et suiv.). Par ailleurs la loi du 17 juillet 1907 (art. 567, C. pr. civ.) a permis au juge des référés d'autoriser le débiteur saisi à toucher du tiers-saisi ce qui lui est dû, à charge de consigner somme suffisante pour répondre des causes de la saisie-arrêt, pareil dépôt étant *affecté spécialement* au saisissant et grevé à son profit d'un privilège exclusif. (Cuche, *op. cit.*, n° 148).

(2) Art. 617, C. pr. civ.

(3) Cuche, *op. cit.*, n° 54.

(4) C'est un véritable privilège légal que la loi du 17 juillet 1907, s'inspirant d'une pratique jurisprudentielle antérieure, a créé sous le nom d'affectation spéciale, en matière de saisie-arrêt. V. p. 398

deviennent bientôt déficitaires ; leurs produits ne couvrent plus les droits des saisissants. Alors, à la suite de chacune, au cas de pluralité de créanciers, s'ouvrent des procédures de distribution par contribution. L'égalité en est le principe. De fait *dans leur domaine propre*, c'est-à-dire quant aux biens dont elles répartissent la valeur, elles apparaissent scrupuleusement égalitaires. Mais il leur manque de rassembler tous les créanciers de l'obligé. Ces derniers, ici encore, aucune publicité ne les appelle ; le hasard seul les renseigne et leur permet quelquefois d'intervenir à la procédure avant que la répartition achevée entre les diligents soit opposable aux retardataires, malgré l'insolvabilité possible du débiteur.

Il suffit de ces quelques observations en ce qui touche les meubles et leur saisie. Concluons en disant que celle-ci n'est pas égalitaire ; mais affirmons aussi que ce vice, loin d'être inhérent à l'absence en Droit civil d'une voie globale et collective, résulte uniquement du fait que tous les créanciers ne participent point à la répartition du produit de chaque exécution en détail des divers éléments de l'actif mobilier.

§. **III**. — *La saisie des immeubles et l'hypothèque judiciaire, comment elles violent l'égalité.*

Les remarques précédentes s'appliquent aussi aux immeubles. Mais les saisies immobilières aboutiraient à une meilleure sanction de la règle d'égalité, n'était l'effet fâcheux de l'hypothèque judiciaire.

Si cette institution n'existait pas dans notre Droit, la longueur de la procédure d'exécution sur les immeubles laisserait en pratique aux créanciers tout le temps d'intervenir utilement ; la publicité dont la vente

aux enchères fait l'objet les avertirait avant que les saisissants aient perçu le prix de l'adjudication[1]. Un simple perfectionnement de cette publicité, afin de la rendre plus efficace eut assuré, semble-t-il, un respect suffisant du principe de distribution générale proportionnelle.

L'hypothèque judiciaire trouble profondément ce système. Elle remplace le privilège de fait pour cause de diligence dans la saisie, par un privilège légal pour cause de diligence dans la condamnation en justice de l'obligé. Et pour parler par image, le poteau d'arrivée de la « course » est rapproché : sur les immeubles, l'exécution commence bien avant la saisie. Nous ne ferons pas ici une étude d'ensemble de l'hypothèque judiciaire[2] dont le mécanisme et les effets sont complexes. Nous la retrouverons, d'ailleurs, notamment lorsque nous traiterons des précautions prises par la loi civile contre la fraude des débiteurs. Elle aussi est une institution à double face et à double fin. Pour l'instant, on confrontera seulement ses conséquences les plus directes avec le principe d'égalité.

---

(1) Selon l'article 696 C. proc. (modifié par la loi du 21 mai 1858) et l'article 699, les insertions dans les journaux et les affiches portent nécessairement les nom, profession et demeure du saisi. La même publication sert en effet (art. 696) à avertir les titulaires d'hypothèques légales occultes qu'ils devront en requérir l'inscription avant la transcription du jugement d'adjudication ; il faut donc qu'ils connaissent le nom du débiteur dont un immeuble est saisi.

(2) Sur l'utilité de l'hypothèque judiciaire voyez : Valette, *De l'hypothèque judiciaire.*, Mélanges de Droit. I, p. 355 et suiv. ; *Discours sur la suppression de l'hyp. jud.* id. II, p. 553 et suiv. ; Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire*, 1871 ; Challamel, l'*Hypothèque judiciaire*, 1881 et *Rapport général* (Commission extra-parlementaire du cadastre) 1901 ; Louis Saint-Quentin, *La suppression de l'hypothèque judiciaire en Belgique et le projet de loi sur la réforme hypothécaire*, thèse Paris, 1902. Voyez encore les ouvrages généraux de Droit civil (notamment Colmet de Santerre, t. IX, Baudry-Lacantinerie et Loynes, t. II) qui contiennent de longues études sur la matière.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, elle tend d'abord à faciliter l'application de la règle fondamentale. A celle-ci, les saisies n'obéissent pas parce que tous les créanciers ne sont point convoqués à la distribution qui suit chacune d'elles. Que ces créanciers deviennent titulaires d'une hypothèque générale et soient régulièrement inscrits, le saisissant de l'un quelconque des immeubles de l'obligé ne pourra plus les ignorer. Il devra, à peine de nullité de la procédure, leur adresser les sommations de prendre communication du cahier des charges[1] ; la mention de l'accomplissement de cette formalité en marge de la transcription du procès-verbal de saisie rend désormais le consentement de tous les créanciers inscrits indispensable pour que le débiteur obtienne éventuellement main levée de l'exécution[2]. De même, les convoquera-t-on lors de la distribution et dès la tentative d'ordre amiable[3]. Cette première réunion des intéressés appelés par simple lettre recommandée, tenue sans forme sous la présidence du juge-commissaire, présente quelque analogie avec l'assemblée des créanciers du failli. Dans l'ordre judiciaire, les créanciers inscrits sont individuellement sommés de produire[4] ; le règlement provisoire leur est dénoncé[5] ; ils peuvent le contester par un contredit[6] ; en un mot, ils sont invités à participer activement à toutes les phases de la procédure dont nous n'avons pas à rappeler le détail.

(1) Art. 692-1° et 715 1er al. C. proc.
(2) Art. 693, C. proc.
(3) Art. 751, C. proc.
(4) Art. 753, C. proc.
(5) Art. 755, al. 1., C. proc.
(6) Art. 755, al. 2 ; 756 et suiv. C. proc.

Collective au plus haut point et autant que la liquidation dans la faillite, apparaît donc bien, entre les créanciers hypothécaires et relativement aux immeubles, la sanction civile du droit de créance. Or, l'hypothèque judiciaire donne ces avantages aux simples créanciers chirographaires ; elle est générale, aussi viendront-ils à la distribution du prix de chaque immeuble saisi, ou même simplement vendu par le débiteur.

Mais comment se fait-il que l'hypothèque judiciaire, ayant uni les créanciers en une sorte de masse, n'institue pas l'égalité entre eux ? Cela tient d'abord à ce que le collectivisme qu'elle adopte quant aux immeubles est encore incomplet. Il ne profite qu'aux créanciers qui ont eu le temps d'obtenir un jugement de vérification d'écriture ou de condamnation, fût-il en premier ressort ou par défaut, et d'inscrire leur hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication. Quelles que soient leur attention et la longueur de la procédure de saisie immobilière, ils risquent d'arriver en retard. Mais la principale raison de l'inégalité est ailleurs ; elle découle directement de la loi qui attache à la date de l'inscription de l'hypothèque judiciaire une cause de préférence entre les créanciers et crée un privilège pour diligence dans la poursuite. Il s'ensuit que sur les immeubles le payement est le prix de la « course », parce que telle a été la volonté du législateur, tandis que sur les meubles l'inégalité résulte de la simple liberté laissée aux créanciers d'agir individuellement.

§. **IV**. — *Le système civil d'exécution forcée et les payements individuels volontaires.*

1. — Nous avons dit que le principe d'égalité concernait aussi les payements volontaires. La règle idéale veut que, du jour où le débiteur devient insolvable même à l'insu des intéressés, il ne puisse, tirant une valeur de son actif déjà déficitaire, verser à un créancier la totalité de son dû au détriment de l'ensemble des autres.

Pour atteindre un tel résultat éminemment souhaitable, le législateur a le choix entre deux moyens que nous connaissons. Ou bien, moyen curatif, il prononcera, sur démonstration en justice de l'insolvabilité, la nullité rétroactive des payements préférentiels. Ou bien, moyen préventif et indirect, il dessaisira le débiteur plus ou moins complètement de l'administration de tout ou partie de son patrimoine, afin de lui enlever la libre disposition des éléments qu'il pourrait vouloir affecter au payement exclusif d'un créancier.

Le premier procédé, qui rappelle la théorie de la période suspecte en matière de faillite, fait songer à l'*action paulienne* dans le Droit commun. Or, cette action ne permet point d'obtenir la révocation judiciaire des payements par lesquels l'obligé insolvable a augmenté le degré de son insolvabilité au regard du reste des créanciers[1]. Celui que le débi-

(1) Même si la dette est à terme, le créancier payé avant l'échéance reçoit son dû.

Au lieu de payer la dette, le débiteur insolvable peut concéder au créancier une sûreté réelle qui équivaut à un payement en pratique. Ici la jurisprudence semble bien admettre la possibilité de l'action paulienne. Si la dette antérieurement contractée est à terme, la constitution de la sûreté est considérée comme un acte à titre gratuit, Douai, 4 mai

teur avantage reçoit son dû[1]. Il ne s'enrichit pas sans cause. D'où il suit que l'action *de in rem verso*, pas plus que l'action paulienne, ne saurait autoriser un recours contre l'accipiens[2]. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait décider que le droit de créance se réduit à un simple droit variant avec la valeur du patrimoine obligé et que lorsque, à l'échéance, le passif total est le double de l'actif total, le débiteur se libère complètement en payant la moitié du montant nominal de la dette. Mais cela n'est point, car c'est la personne qui doit, non les biens. Rien donc dans notre appareil juridique n'assure le rétablissement de l'égalité violée entre les créanciers d'un non-commerçant, lorsque le débiteur insolvable a employé tout ou partie de ses ressources à des payements préférentiels. Il est

---

1846, S. 46. 2. 470, D. 46. 2. 154, car le créancier ne pouvait exiger son payement (ce qui suppose préalablement établi que l'insolvabilité n'emporte pas déchéance entière du terme, du jour où elle a commencée). Si la dette antérieurement contractée est exigible, la dation de sûreté tombe encore sous le coup de l'action révocatoire mais à l'état d'acte à titre onéreux, Cass. Req., 22 août 1882. S. 83. 1. 25, D. 83. 1. 296 (Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. 1, n° 669).

Cette théorie aurait pu être étendue aux dations en payements et aux payements ordinaires.

(1) On a toutefois essayé de soutenir que l'action *de in rem verso* était possible à l'encontre d'un créancier payé intégralement par un débiteur insolvable, dans un cas très particulier : lorsque le demandeur prouverait que la prestation, qu'il a faite au débiteur commun et qui l'a constitué créancier, a servi à désintéresser intégralement le défendeur. (Loubers, *l'Action « de in rem verso » et les théories de la responsabilité civile*, Rev. crit. de législ. et de jurispr. 1912, p. 477).

(2) Si d'ailleurs même l'action paulienne était possible contre les créanciers intégralement payés par l'insolvable, elle ne serait pas encore à cet égard une sanction parfaite de la règle d'égalité. La doctrine décide en effet que l'action révocatoire est purement individuelle et ne profite qu'à ceux-là seuls qui l'ont intentée (Aubry et Rau, 4e éd. IV, p. 141, 5e éd. VI, p. 335 ; Baudry-Lacantinerie et Barde *Obligations*, *t.* 1, n° 215). La jurisprudence tend aussi à admettre l'effet relatif de l'action paulienne (Cass. Req., 28 août 1871, S. 78. 1. 316, *contra* : Bourges, 18 juillet 1892. D. 92. 2. 609, S. 93. 2. 210). Il est inutile d'insister sur les inconvénients d'un pareil système.

difficile de ne pas reconnaître que cet effet de la loi civile est fâcheux.

2. — La loi commerciale, à partir du moins du jugement déclaratif de faillite, fait usage d'un autre procédé technique, celui-là radical. Elle dessaisit le débiteur de l'administration de son patrimoine et, interdisant de la sorte toute distribution volontaire de valeurs, empêche qu'aucune atteinte ne soit portée à la règle de la répartition proportionnelle, par les agissements de l'obligé. Le Droit civil ne connaît pas d'institution équivalente. Aussi à toute époque de la discussion de son patrimoine, le débiteur conserve la faculté de transformer en argent ses effets mobiliers ou immobiliers, pour payer un créancier intégralement, malgré l'infériorité apparente ou cachée de son actif.

On pourrait cependant penser à rapprocher du dessaisissement général et de ses effets égalitaires l'indisponibilité produite par certains actes initiaux des diverses saisies. Le créancier qui entreprend une procédure d'exécution sur un bien déterminé commence par mettre celui-ci sous la main de la justice. Si l'indisponibilité était totale, c'est-à-dire si le débiteur était réellement dessaisi, non seulement jusqu'à concurrence des causes de la saisie, mais encore pour toute la valeur du bien objet de l'exécution forcée, l'insolvable ne saurait en employer la portion qui excède la créance du saisissant à des payements violant la règle d'égalité. Il faudrait de plus que l'indisponibilité soit définitive et ne cesse pas à l'achèvement de la procédure. Qu'en est-il dans notre Droit ?

Sur le dernier point la réponse ne souffre aucune

difficulté. Lorsque la saisie est achevée, le débiteur reprend toujours en nature ou en valeur l'actif qu'elle n'a pas absorbé et recouvre sur celui-ci les droits complets d'un libre propriétaire. L'indisponibilité, outre qu'elle ne frappe qu'un bien déterminé, a le défaut d'être purement temporaire.

Reste à savoir si pendant le temps des procédures de quelque longueur — saisie-arrêt, saisie immobilière — la main-mise de la justice sur le bien qui fait l'objet de l'exécution aboutit à enlever pratiquement au débiteur l'exercice de ses droits *sur la portion à laquelle les créanciers saisissants ne peuvent prétendre.*

Nous envisagerons d'abord la saisie immobilière. Soit un immeuble qui aux enchères atteindra le prix de 100.000 francs ; les créances du saisissant, des opposants, et des créanciers hypothécaires qui sont de plein droit parties à la procédure, s'élèvent à un total de 60.000 francs. L'excédent, 40.000 francs, sera restitué au saisi après l'adjudication. Mais est-ce que pendant le cours de la procédure, le débiteur pourra en disposer, le transformer en argent et payer un créancier chirographaire non saisissant? Il faut répondre par l'affirmative. Sans doute, l'article 686, C. proc. dispose que « la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis à peine de nullité et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer». Mais, l'article 687 ajoute : « Néanmoins l'aliénation ainsi faite aura son exécution si, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur consigne somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais, ce qui est dû aux créanciers inscrits, ainsi qu'au saisissant, et s'il leur signifie

l'acte de consignation ». Le débiteur a donc la faculté de réaliser à tout instant de la procédure la valeur qui dans l'immeuble excède les causes de la saisie. D'autre part, selon la jurisprudence[1], la transcription du procès-verbal de saisie n'enlève pas à l'obligé le droit d'hypothéquer son immeuble.

Par contre, en matière de saisie-arrêt, si l'on admet avec la majorité des décisions judiciaires et des auteurs[2] que l'indisponibilité, qui résulte de l'exploit signifié au tiers saisi, est totale, le « dessaisissement » du débiteur sera vraiment complet et efficace pendant la durée de la procédure. Supposons une créance de 20.000 francs saisi par Primus, créancier de 10.000 fr.; si le tiers-saisi payait l'excédent au débiteur saisi et si plus tard, avant le jugement de validité, un nouveau créancier Secundus, faisait opposition pour une somme quelconque, Primus ne toucherait plus l'intégralité de son dû et viendrait avec Secundus au marc le franc sur les deniers restés entre les mains du tiers-saisi. Mais, l'indisponibilité étant totale, Primus serait en droit d'exiger une indemnité de ce tiers-saisi qui aurait commis la faute de ne point prévoir que d'autres saisissants pouvaient surgir[3]. Aussi bien et pour échapper à cette responsabilité éventuelle, le créancier du débiteur se gardera de payer à ce dernier quoi que ce soit, jusqu'au jugement de validité : l'obligé est donc en fait

(1) D. J. G. Vente publ. d'im. 665 et Priv. et hyp. 1777.

(2) V° Fraissaingea, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1906, p. 487 et suiv. et la note de M. Tissier, sous Cass., 15 juin 1898, S. 99. 1. 401.

(3) Admettre que Secundus pourrait aussi, dans cette hypothèse, réclamer une indemnité au tiers saisi, c'est décider que l'indisponibilité est absolue. La jurisprudence tend à admettre qu'elle est simplement relative et ne profite qu'aux saisissants antérieurs aux payements effectués par le tiers saisi.

dessaisi, complètement, d'une façon temporaire, il ne saurait, pratiquement, utiliser la portion qui excède les causes de la saisie pour avantager un de ses créanciers.

Mais il n'y a là au demeurant qu'une conséquence égalitaire théorique que d'autres principes restreignent à presque rien. D'une part, en effet, le débiteur peut céder la créance saisie-arrêtée, en dépit de la saisie. Certes, la cession est nulle ; mais c'est précisément pour cela, qu'en la consentant à prix d'argent son titulaire a commis une faute dont il doit réparation au cessionnaire : celui-ci, devenant créancier, participera à l'exécution en cours, on admet même que la dénonciation de la cession qu'il fait au débiteur cédé vaut saisie-arrêt.

Bien mieux, en s'inspirant d'ailleurs d'une pratique jurisprudentielle antérieure, le législateur a dans l'intérêt du saisi considérablement réduit, par la loi du 17 juillet 1907, les heureux résultats de l'indisponibilité totale dans le cas où l'obligé était insolvable. A tout moment le juge des référés peut autoriser le tiers-saisi à verser au saisi, sur la somme due à ce dernier, la partie qui n'est pas présentement nécessaire pour couvrir les oppositions déjà formées. Les saisissants obtiennent un privilège sur l'autre portion affecté spécialement à la garantie de leurs droits, tandis que le tiers saisi est mis à l'abri de tout recours.

En résumé, l'indisponibilité est instituée dans l'intérêt des seuls saisissants ; elle ne profite pas indirectement à l'ensemble des autres créanciers ; elle n'interdit pas au débiteur d'employer à un payement préférentiel la valeur qui dans le bien saisi excède les causes des exécutions forcées. Quoi d'étonnant à cela ?

La saisie n'est point déficitaire, les saisissants seront intégralement remboursés : pourquoi le débiteur ne pourrait-il sur ce que les saisissants lui laisseront désintéresser entièrement un créancier même inactif ? Cette conséquence, pour logique qu'elle soit, n'en est pas moins fâcheuse, lorsque l'obligé est en état d'insolvabilité. Les payements volontaires échappent entièrement à la règle de la distribution proportionnelle.

3. — Il vient un jour cependant où dans la discussion fragmentaire du patrimoine débiteur, les poursuites des créanciers se faisant plus nombreuses, les dernières saisies accuseront nécessairement un déficit. Alors l'indisponibilité défend à l'obligé tout acte par lequel il soustrairait une valeur dans le bien saisi pour l'attribuer par préférence à l'un quelconque de ses créanciers : les saisissants subiraient une perte, l'indisponibilité a été crée pour les en garantir. Mais chaque saisie déficitaire[1] incite ceux qui l'ont pratiquée à se précipiter sur les autres biens du débiteur. Tout ce qu'il lui reste d'actif est enfin sous la main de la justice : le faisceau des diverses indisponibilités équivaut en pratique, à cette époque de la discussion du patrimoine, à un dessaisissement général. Désormais le débiteur ne peut plus faire aucun payement ; il ne saurait donc avantager un créancier.

Que l'on comprenne bien, toutefois, notre pensée : si la loi en liant les mains de l'obligé lui interdit indirectement d'enfreindre lui-même la règle d'égalité,

(1) Soit qu'elle s'annonce devoir être déficitaire entre les saisissants et opposants à la saisie non encore achevée, soit qu'elle le devienne postérieurement parce que de nouveaux créanciers ont produit à temps à la distribution qui l'a suivie.

elle ne craint pas d'omettre par ailleurs d'y assujettir les distributions judiciaires qui restent alors les seules possibles ; l'ordre, en effet, est par définition antiégalitaire, et la contribution a le même défaut en dépit de son principe, car, comme nous l'avons vu, tous les créanciers n'y sont pas convoqués. Ce que nous voulons dire, c'est qu'à partir du moment où certains créanciers ont par des saisies commencées rendu indisponibles tous les débris d'un actif qui ne suffira pas à les désintéresser, le débiteur a perdu la faculté de battre volontairement en brèche la règle d'égalité ; si celle-ci n'est pas respectée *pour l'avenir*, la faute en est uniquement à l'aménagement interne des procédures d'exécution dont nous nous sommes déjà occupés à ce point de vue[1].

Cette indisponibilité complète frappe les meubles très tard, à la dernière minute de leur discussion. Aussi l'utilité du phénomène y apparaît-elle fort restreinte ; elle n'existe réellement que dans l'hypothèse, rare en pratique, où les créanciers avertis rapidement d'une insolvabilité soudaine et visible, se hâtent en très

(1) En d'autres termes, tandis qu'avant l'instant où l'indisponibilité complète frappe chacun des éléments actifs du patrimoine insolvable, deux causes concourent à l'inégalité dans la distribution : à savoir la volonté de l'obligé et le jeu naturel des saisies individuelles la dernière seule agit en ce sens par la suite, et tout se passe dorénavant en Droit civil *à peu près* comme si, dans le Droit commercial, le jugement déclaratif de faillite qui dessaisit l'obligé donnait ouverture à une répartition de deniers qui admettrait des privilèges pour raison de diligence et à laquelle tous les intéressés ne seraient pas appelés. Nous avons dit : « à peu près », car nous nous gardons bien d'assimiler le dessaisissement général à l'indisponibilité, même lorsque celle-ci atteint individuellement tous les débris de l'actif dans la phase ultime de la discussion du patrimoine par voie de saisies. (Sur la nature juridique du dessaisissement et ce en quoi il diffère de l'indisponibilité, voyez : Percerou (Thaller) *Faillites* I, p, 91 et suiv., notamment p. 96, n° 95 ter et p. 97, note 2).

grand nombre et saisissent d'un seul coup l'ensemble de l'actif mobilier.

Mais sur les immeubles, l'hypothèque judiciaire devance l'indisponibilité de la saisie. Quand le bien est grevé pour sa pleine valeur, il est déjà en quelque sorte sous la main de la justice ; il est affecté au payement des dettes qu'il garantit ; l'obligé n'en saurait attribuer à un créancier quelconque, autrement que selon les règles légales, une parcelle du prix. Le débiteur vend-il cet immeuble, l'acquéreur purgera, les créanciers inscrits toucheront les deniers. Constitue-t-il t-il une hypothèque conventionnelle pour gager un emprunt et éteindre peut-être une dette contrairement au principe d'égalité, en pratique l'hypothèque nouvelle ne viendra pas à effet : les créanciers déjà inscrits ont un rang préférable qui leur donne droit à tout l'actif que représente l'immeuble et dont, *de bonne heure*, le débiteur est pleinement « dessaisi ». Et il a suffit que quelques créanciers s'inscrivent pour des dettes atteignant au total la valeur des biens immobiliers. Résultat admirable ! Si tous les autres chirographaires avaient pu au surplus, avant les adjudications ou les purges, obtenir hypothèque judiciaire ; si celle-ci, d'autre part, n'établissait point entre eux de causes de préférence, le problème de l'organisation de l'égalité forcée eut été résolu, quant aux immeubles, très heureusement dans le cadre du Droit commun.

Tout dans la loi civile ne mérite donc pas d'être critiqué. L'hypothèque, judiciaire et à certains égards l'indisponibilité en matière de saisie, entravent la libre action du débiteur insolvable et restreignent notablement, quoique d'une façon indirecte, la faculté que

lui laisse la loi de violer la règle d'égalité par des payements individuels volontaires.

4. — Plus certain encore est un autre caractère, celui-là négatif, du système d'exécution forcée en Droit commun. Nous y avons fait allusion bien des fois. La saisie en général et l'hypothèque judiciaire en particulier n'ont pas, à l'état de simples menaces, cette vertu comminatoire puissante et universelle que possède la perspective de la faillite dans l'esprit du débiteur négociant. En refusant de satisfaire son créancier l'obligé non-commerçant ne risque point de perdre sa situation professionnelle, son gagne-pain, ni d'encourir des déchéances. Aussi, il ne mettra pas tout en œuvre pour le désintéresser ; il ne s'efforcera pas pour arrêter chaque poursuite de faire argent lui-même de ses biens et de se débarrasser d'un créancier exigeant en le payant au détriment des autres.

Poursuivi, le débiteur a tout intérêt à résister. Le créancier qui le harcèle hésitera : avant de saisir il lui faudra le plus souvent prendre jugement, engager des frais, attendre l'expiration de longs délais. Et lorsque il sera muni enfin d'un titre exécutoire, il réfléchira encore avant de pratiquer une procédure d'exécution proprement dite. Que lui rapporterait une saisie des meubles corporels ? L'obligé averti par le commandement n'a-t-il pas tout le temps utile pour mettre à l'abri, s'il ne l'a point fait déjà, son actif mobilier saisissable ? Saisir un ou plusieurs immeubles ? Le créancier est en plus effrayé que le débiteur, à moins que celui-ci ne soit un paysan propriétaire. La plupart du temps le demandeur inscrira l'hypothèque qu'il tient du jugement de condamnation et n'ira pas plus loin.

Ou bien, de guerre lasse, il s'estimera satisfait après avoir reçu un acompte.

C'est pourquoi en matière civile lorsque les procédures d'exécution sont enfin pratiquées, elles portent sur un patrimoine qui n'a pas été diminué par une lente liquidation opérée par l'insolvable lui-même, pressé d'arrêter au fur et à mesure les poursuites des créanciers en payant chaque réclamant.

La statistique *semble bien* confirmer cette déduction. En 1911, le total des sommes distribuées dans les procédures d'ordre judiciaire ou amiable et dans les procédures de contribution réglées par le juge-commissaire, s'est élevé en chiffres ronds à 71 millions de francs, tandis que les sommes réclamées ou pour lesquelles il avait été fait des productions atteignaient y compris les frais 184 millions[1]. Si les procédures avaient été égalitaires, les créanciers eussent touché chacun les trente-neuf centièmes de leur dû.

---

1) Les chiffres fournis par le *Compte général de l'Administration de la justice civile et commerciale en France et en Algérie* sont pour l'année 1911 (Rapport, p. XIII) les suivants :

Procédures réglées par juge commissaire :

	Ordres		*Contributions*
	Judiciaires	Amiables	
Nombre de procédures	1.697	2.542	1.340
Nombre de créanciers réclamants	12.810	12.642	17.255
Sommes à distribuer	34.818.055	26.899.733	9.954.147
Sommes réclamées ou pour lesquelles il a été fait des productions	64.830.442	44.731.842	71.966.951
Frais taxés	995.858	822.284	677.643

On remarquera le déficit considérable des contributions : cela provient de ce qu'elles ont lieu généralement avant les ordres, avant même qu'un grand nombre de créanciers aient pris les hypothèques judiciaires. L'actif mobilier pratiquement saisissable, naturellement faible, se trouve ainsi mis en opposition avec la majeure partie du passif.

Cette proportion, que l'on retrouve dans les années précédentes, marque le degré moyen d'insolvabilité du patrimoine, lorsque les voies d'exécution entrant en jeu rendent indisponibles les valeurs non encore consommées par le débiteur. Que l'on en rapproche le rapport moyen de l'actif au passif dans les seules faillites et liquidations judiciaires terminées par liquidation de l'union, concordat simple ou par abandon, on sera déjà frappé de la différence. En 1911, en effet, l'ensemble de ces procédures accusaient un passif total de 212 millions de francs environ en face d'un actif de 71 millions, nombres qui fixent à 33 % le dividende théorique moyen[1].

Et il ne faut pas oublier au surplus que la moitié des faillites et liquidations judiciaires ouvertes présentent un actif pratiquement nul, puisqu'il n'a pas suffi à couvrir les premiers frais, en regard d'un passif

---

(1) Les chiffres fournis par le *Compte Général* sont pour l'année 1911 (Rapport p. XVI) les suivants.

Liquidations judiciaires et faillites terminées par concordat, abandon d'actif, liquidation de l'union.

	Liquid. Judic.	Faillites
Nombre	1.621	2.187
Montant de l'actif immobilier	9.013.606	5.101.329
« « « mobilier	37.985.425	19.554.825
Totaux :	46.999.031	24.656.154
Montant du passif hypothécaire . .	7.501.887	5.080.460
« « « privilégié	8.201.237	5.531.040
« « « chirographaire . .	84.117.251	101.766.741
Totaux :	99.820.375	112.378.241

On remarquera que l'actif immobilier (14 millions) couvre largement le passif hypothécaire (12 millions 1/2) ; cela tient au faible rôle que joue l'hypothèque judiciaire en matière commerciale : la cessation des payements, qui normalement entraînerait des poursuites aboutissant à des hypothèques judiciaires, donne ouverture à la période suspecte et à la faillite qui les interdisent.

inconnu, mais sans doute aucun considérable. D'autre part, l'on remarquera que la statistique civile ne fait pas état des saisies non déficitaires pratiquées sur des insolvables, ni des saisies déficitaires qui n'ont pas été suivies d'un ordre ou d'une contribution, ni des contributions amiables. Il convient donc de réduire notablement le rapport de 33 %, qui concerne les faillites et liquidations judiciaires et d'augmenter très sensiblement celui qui a trait aux voies civiles[1]. *Peut-être* même n'est-il pas exagéré de dire que les saisies combinées avec l'hypothèque judiciaire mettent sous la main de la justice deux fois plus de biens, proportionnellement que les jugements déclaratifs.

En tout cas, nous affirmons que la procédure civile distribue une portion plus importante du patrimoine de l'obligé que la procédure commerciale. La première envisagée dans ses règles internes est à coup sûr moins égalitaire que la seconde ; elle l'est davantage en ce qu'elle empêche mieux les payements volontaires préférentiels et n'y incite pas le débiteur insolvable.

---

(1) La statistique ne fait évidemment pas état des procès-verbaux de carence : procédures dans lesquelles l'actif est nul et le passif inconnu et qui correspondent semble-t-il aux faillites et liquidations judiciaires clôturées pour cause d'insuffisance d'actif. Que l'on se garde toutefois d'une erreur. Il n'y a en général de procès-verbaux de carence que pour une portion de l'actif du débiteur non-commerçant ; les créanciers qui ne touchent rien à une saisie de meubles corporels produisent aux autres saisies, ordres et contributions touchant le même patrimoine, si bien que le passif total des procédures civiles, indiqué par la statistique ne doit pas être augmenté.

Ainsi l'obligé supporte deux saisies, l'une qui frappe son mobilier corporel est clôturée par un procès-verbal de carence : ici l'actif est nul, le passif n'a pas été révélé ; l'autre saisie est une saisie-arrêt utile : l'actif est 20.000 francs par exemple ; c'est tout l'actif du débiteur ; le passif est le chiffre des productions que la statistique signale, c'est le passif total de l'obligé, puisque la saisie-exécution ne l'a pas éteint en partie.

SECTION II.

Les autres vices du système civil de l'exécution forcée : impuissance de la loi à l'égard de la fraude des débiteurs insolvable et de la résistance injustifiée des débiteurs en état de payer ; vices secondaires.

Un premier point est donc acquis ; le régime français d'exécution par saisie ne sanctionne pas le principe d'égalité dans toutes ses conséquences logiques. Mais ce n'est point là le seul inconvénient de la loi civile, ni par suite le seul motif d'une intervention législative.

L'insuffisance des règles posées par le Droit commun éclate encore à divers points de vue. D'une part, elles ne combattent pas assez la fraude, la dissimulation, le dol d'un débiteur insolvable, ni la résistance injustifiée d'un l'obligé en état de payer. D'autre part, la procédure qu'elles organisent est lente, formaliste, coûteuse ; entravant la libre et légitime action du créancier, elle nuit au crédit personnel du débiteur.

Il ne suffit pas d'énoncer ces vices, il faut en mesurer l'importance pratique et en découvrir les causes profondes.

§. I. — *La procédure d'exécution par saisies et la mauvaise foi du débiteur.*

1. — La loi commerciale, par la menace de la faillite, fait payer le débiteur récalcitrant. Par la banqueroute et les peines qu'elle y attache, elle réprime les manœuvres frauduleuses et même certaines imprudences desquelles est résultée ou pouvait résulter l'insolvabilité ou son aggravation. Par la théorie de la période suspecte elle annule des actes passés par le failli avant le jugement déclaratif au préjudice de ses créanciers et elle met ceux-ci à l'abri des fâcheuses

conséquences de sa mauvaise foi. La loi civile prend-elle des dispositions à cet égard, ou bien néglige-t-elle de se placer à ce point de vue ?

Nous avons déjà signalé, à plusieurs reprises, que la saisie n'effrayait pas en général le débiteur. Solvable, en possession de sommes liquides ou immédiatement disponibles, il résistera souvent néanmoins et de parti-pris. Pour être payé, le créancier devra mettre en mouvement tout l'appareil compliqué des voies d'exécution. Que ce soit là un vice du système, il n'est pas permis d'en douter. Mais nous savons que cet inconvénient, vu d'une autre face, devient un avantage et favorise l'application de la règle d'égalité si l'obligé est en fait un insolvable. Nous ne reviendrons pas sur cette idée, à notre sens fondamentale.

Par ailleurs, le Droit commun ne connaît rien qui ressemble à la banqueroute. Sans doute, celle-ci suppose la cessation des payements et un jugement déclaratif de faillite[1] ; en ce sens on ne saurait s'étonner qu'elle soit spéciale à la législation des commerçants. Mais au demeurant, la liaison des notions de faillite et de banqueroute est accidentelle. Les deux institutions apparaissent parfaitement dissociables : pour créer dans le Droit civil l'équivalent de la banqueroute commerciale, point n'est besoin de soumettre les non-commerçants aux dispositions essentielles des articles 437 et suivants, C. Com. Il suffit parmi les éléments constitutifs du délit de remplacer le jugement déclatif, ou la cessation de payements, par le fait établi devant la juridiction pénale que la discussion du patrimoine a été déficitaire. Aucun principe de procé-

(1) Sous réserve de la théorie jurisprudentielle de la faillite virtuelle.

dure ne s'opposait donc à l'organisation, dans le cadre du Droit commun actuel, d'une sorte de banqueroute civile. Et l'on peut légitimement reprocher au législateur son omission. Il aurait dû prévoir des sanctions pénales à l'encontre du débiteur qui a provoqué ou aggravé son insolvabilité par de folles dépenses, des emprunts ruineux ou des opérations de pur hasard et surtout à l'encontre de celui qui a dissimulé une portion de ses biens saisissables ou exagéré frauduleusement son passif. La nécessité sociale et morale de la répression de pareils manquements à la confiance du créancier semble bien, en effet, aussi évidente en Droit civil qu'en Droit commercial ; davantage même, car, n'étant pas obligés de tenir des livres, ni de dresser périodiquement des inventaires, les non-commerçants ont toute facilité pour cacher leur actif. La menace d'une peine pour le cas où leur fraude serait découverte, pèserait certainement d'une manière heureuse sur leur volonté. Ainsi donc, quelle que soit l'opinion que l'on adoptera sur la question de faillite civile, on pensera qu'une lacune existe dans la législation qui régit les obligés ordinaires et l'on demandera à la loi de la combler.

Mais si les règles du droit commun ne contiennent à cet égard aucune disposition coercitive ou pénale, si elles permettent au débiteur astucieux et malhonnête, lorsqu'il est insolvable, de dissimuler ses biens impunément, ou de résister à ses créanciers alors qu'il pourrait les payer sans retard, ce serait une erreur de croire qu'elles couvrent tous les actes accomplis par fraude ou de mauvaise foi.

Nous retrouvons ici encore l'action paulienne, l'indisponibilité de la saisie et l'hypothèque judiciaire.

2. — Mesure réparatrice, l'action paulienne présente aujourd'hui un caractère purement civil, mais elle fut à son origine, en Droit romain, une action pénale. Elle vise les actes du débiteur reconnu postérieurement insolvable, par lesquels celui-ci a donné naissance à son insolvabilité ou en a augmenté le degré : donations, renonciations, ventes à un prix inférieur à la valeur réelle du bien et autres opérations juridiques de même genre ayant appauvri en fait l'obligé.

En ces hypothèses les créanciers qui n'ont pu être intégralement payés par la saisie de l'actif resté entre les mains du débiteur, mais dont les droits étaient nés antérieurement à l'acte dont s'agit, subissent un préjudice ; l'action paulienne tend à leur en procurer la réparation. Et à cet effet elle est dirigée non seulement contre l'insolvable mais encore et surtout contre le tiers qui a traité avec lui. C'est le tiers qui s'est enrichi au détriment des créanciers ; il n'y a que lui d'autre part qui puisse indemniser les demandeurs, qui l'attaquent précisément parce que leur obligé est hors d'état de les désintéresser[1].

Mais si l'action paulienne a un caractère indemnitaire, elle n'est pas construite sur le type d'une action en indemnité pure et simple ; autrement elle risquerait d'être inefficace, si par hasard le tiers était insolvable lui aussi. Elle fait tomber l'acte, au profit des demandeurs et dans la mesure nécessaire à la réparation du préjudice qu'ils ont subi. Cet acte a-t-il consisté

(1) Le créancier à terme peut intenter l'action paulienne sans attendre l'échéance, car l'insolvabilité qu'il prouvera, écarte l'effet du terme. Il suffit donc qu'il ait été déjà créancier au moment où le débiteur a passé l'acte attaqué.

en une aliénation, celle-ci ne sera pas opposable aux créanciers qui auront triomphé dans l'exercice de l'action paulienne ; ils pourront saisir le bien dont la propriété a été transférée, comme s'il était encore dans le patrimoine du débiteur ; ils seront préférés à tous les créanciers de l'acquéreur. Mais il ne s'ensuit pas que l'action paulienne soit une action réelle ; les tiers acquéreurs ne peuvent invoquer la prescription acquisitive, ni la règle : en fait de meubles possession vaut titre. L'action paulienne est personnelle, mais elle a tous les avantages d'une action réelle, sans en avoir les inconvénients. Son mécanisme profondément original ne rentre dans aucune catégorie juridique ; il n'en doit pas moins être admiré.

On s'attendrait donc à ce que l'action paulienne soit une institution vraiment utile et d'une grande efficacité pratique. Elle est loin cependant de jouer dans le Droit commun le rôle qu'elle aurait pu y jouer. Cela tient aux conditions de son exercice : certains actes restent en dehors de son domaine, d'autre part elle exige la preuve d'une intention souvent fort difficile à établir.

Quant aux actes, on admet que l'action paulienne ne permet point d'attaquer les dettes nouvelles contractées par le débiteur. C'est pourtant là une des causes les plus fréquentes d'insolvabilité, lorsque dans ces engagements nouveaux l'obligé reçoit moins qu'il ne promet. Notre Droit couvre en cette matière d'abord les contrats d'où naît une obligation chirographaire [1], et ensuite ceux qui constituent une sûreté réelle au profit du nouveau créancier. « Il y a là une

(1) Colin et Capitant, II, p. 57.

manière de voir traditionnelle qui procède d'une conception évidemment très étroite de l'acte d'*appauvrissement* » [1]. Nous pensons toutefois qu'une donation faite en la forme d'une promesse tomberait sous le coup de l'action paulienne.

Quant aux conditions requises pour son exercice utile, l'action paulienne exige non seulement la preuve du *préjudice*, en raison de la règle : pas d'intérêt, pas d'action, mais encore la preuve de la *fraude* du débiteur, et de plus, s'il s'agit d'actes à titre onéreux, celle de la *complicité* du tiers acquéreur.

Il y a fraude, au sens spécial du mot en la matière, lorsque l'obligé a agi en connaissance de cause, lorsqu'il a su en contractant qu'il allait porter préjudice à ses créanciers, c'est-à-dire créer son insolvabilité ou en augmenter le degré. Simple état d'esprit, la fraude, *consilium fraudis*, n'implique pas la volonté de nuire ; elle n'est point le dol [2].

Il faut encore, lorsque l'opération attaquée appartient à la catégorie des actes à titre onéreux, que celui qui a contracté avec le débiteur ait été *conscius fraudis* et qu'en d'autres termes il ait prévu lui aussi les effets de l'acte sur la solvabilité du débiteur.

---

(1) En général les dettes *chirographaires* contractées par l'insolvable n'aggravent pas son insolvabilité, au contraire. Mais il en est ainsi seulement lorsque l'insolvable a fait par le même acte entrer une valeur active dans son patrimoine, en contre-partie de l'engagement qu'il prenait. Par exemple il emprunte 100.000 francs, il devient débiteur de cette somme, mais il a commencé par la toucher. Il a donc inscrit 100.000 francs à son passif et 100.000 francs à son actif. Or comme il est insolvable et comme par hypothèse il n'a concédé aucune sûreté à son prêteur de deniers, l'augmentation de l'actif profitera indistinctement à tous ses créanciers, tandis que le prêteur ne percevra qu'un dividende L'emprunt aura donc servi en définitive à améliorer la condition des créanciers antérieurs en leur assurant un dividende plus fort.

(2) Cass. civ., 18 décembre 1893, D. 94. 1. 262, S. 96. 1. 134.]

Afin de justifier l'exigence de cette dernière condition on se contente généralement de dire que l'acquéreur à titre onéreux, défendeur à l'action paulienne, lutte pour éviter un dommage tout comme les créanciers demandeurs ; et qu'alors il serait manifestement injuste qu'il y succombe car il n'a aucune faute ou imprudence à se reprocher. L'explication apparaîtrait fondée si l'action révocatoire n'avait pas pour objet la simple indemnisation des créanciers et si elle annulait l'acte attaqué pour le tout sans avoir égard au fait que le tiers, par la contre-prestation qu'il a fourni, a mis une valeur dans le patrimoine insolvable. De cette valeur, on ne peut en principe le priver, car ce serait enrichir les demandeurs à son détriment et leur attribuer plus qu'ils auraient eu si l'acte incriminé n'avait jamais été accompli.

L'acte ne tombe que dans la mesure nécessaire à la réparation du préjudice par lui causé. Or ce préjudice pourra se trouver réalisé de deux manières. D'une façon directe d'abord, parce que dans l'acte à titre onéreux le débiteur a reçu moins qu'il ne fournissait : propriétaire d'un immeuble valant cent mille francs il l'a vendu pour soixante-dix mille. D'une façon indirecte ensuite, parce que le contrat qui n'a enrichi aucune des parties a permis néanmoins à l'obligé de fruster ses créanciers : l'immeuble a été aliéné pour cent mille, à son juste prix, mais l'insolvable a dissipé ce prix ou le dissimule.

Dans cette dernière hypothèse, lorsque la valeur acquise par le débiteur ne se trouve plus en nature dans son patrimoine, ni à l'état d'un bien acquis par subrogation réelle en emploi ou en remploi, la réparation à laquelle tend l'action paulienne sera obtenue en

enlevant au tiers tout ce qu'il a reçu du débiteur. Alors ce tiers subit bien une perte et l'on comprend que l'équité veuille pour que les créanciers triomphent qu'ils établissent en justice sa complicité. Il échappera à leur poursuite si la preuve n'est point rapportée de la conscience qu'il a eue de l'intention frauduleuse de l'obligé. Il ne suffira même pas de montrer qu'il connaissait l'insolvabilité ; il faudra encore, croyons-nous, mettre en évidence qu'il savait que le débiteur se proposait de dissiper ou de diminuer la contre-prestation par lui reçue. Autant dire que pareille preuve est impossible pratiquement. La loi aurait cependant pu décider que le tiers, démontré conscient, au moment de l'acte, de l'insolvabilité préexistante, serait toujours condamné sauf à lui de prouver que la valeur remise au débiteur a profité aux créanciers[1].

Mais lorsque l'acte à titre onéreux a été préjudiciable uniquement parce que l'insolvable y a touché moins qu'il ne fournissait, il est plus difficile de justifier la théorie classique et légale qui exige, ici encore, pour le succès de l'action paulienne que le tiers ait été *conscius fraudis*[2]. On ne saurait dire de lui : *certat de damno vitando*, puisque le triomphe du demandeur aboutira seulement à le priver de ce dont il s'est enrichi, sans lui causer aucune perte[3]. Il est permis

(1) C'est un système *analogue* que M. Percerou (*Fallites* op. cit., I, n° 685 p. 670) adopte quant aux effets de l'annulation, prononcée en vertu de l'article 447 C. com. d'un acte passé par le commerçant avec un tiers ayant connu son état de cessation de payements, seule condition exigée par la loi pour la réussite de l'action.

(2) Nous supposons naturellement que sous le contrat à titre onéreux qui avantage le tiers ne se cache pas une donation de la partie du bien à laquelle ne correspond aucune contre-prestation.

(3) Le tiers privé du bénéfice net qu'il avait retiré du contrat a évidemment un recours contre le débiteur insolvable à l'égard duquel l'acte

toutefois de faire intervenir le principe de sécurité dans les actes à titre onéreux, où d'ailleurs, chaque partie cherchant à réaliser un bénéfice au détriment de l'autre, les prestations réciproques sont rarement équivalentes. L'on comprend ainsi que le tiers qui a ignoré l'effet du contrat sur la solvabilité du débiteur soit à l'abri de l'action paulienne et conserve la valeur dont il s'est enrichi, pourvu, ajouterons-nous, que ce bénéfice ne soit pas trop considérable, car dans le cas contraire la loi eut agi sagement en préférant les créanciers.

Mais le système de l'action paulienne apparaît surtout critiquable en ce qu'il exige la preuve de la *fraude du débiteur* ; cette condition restreint considérablement son champ d'application dans la matière des actes à titre gratuit, les plus dangereux pour les créanciers. Etait-elle nécessaire[1] ? Nous ne le pensons pas. En effet, qui pâtit lorsque le demandeur triomphe à l'action paulienne ? Le donataire seul, jamais l'obligé. Le donataire perd la chose objet du contrat à titre gratuit ou d'une manière plus générale, l'avantage qu'il en avait retiré, et ce qu'il perd sert à libérer l'insolvable envers les créanciers demandeurs. Il découle d'une pareille constatation de fait que rien en prati-

---

reste valable. Mais ce recours, il ne peut l'exercer tout de suite : il ne saurait venir au marc le franc sur ce qui reste d'actif (pratiquement la valeur que ce tiers a dû restituer) en concours avec les créanciers qui ont usé utilement de l'action paulienne. Le droit au recours jouera lorsque le débiteur sera revenu à meilleure fortune.

(1) Nous admettons donc avec la généralité des auteurs que le Droit français, suivant une tradition constante, à maintenu l'exigence du *consilium fraudis ex parti debitoris* en matière de renonciations et plus généralement d'actes à titre gratuit. Il faut signaler cependant l'opinion contraire d'Aubry et Rau (4e éd. t. IV, p. 135, texte et note 18 ; 5e éd. IV, p. 224 texte et note 18), opinion qui sur le terrain législatif eut été à notre sens la meilleure (v. la suite du texte).

que n'empêchait de présumer toujours la fraude du débiteur[1]. L'action paulienne réfléchit contre les donataires de bonne foi, sans jamais rendre pire la situation du débiteur ; pourquoi ne serait-elle pas possible encore, lorsque l'insolvable lui-même a été de bonne foi[2] ? La nécessité d'assurer la sécurité des créanciers chirographaires aurait suffit à légitimer une disposition légale permettant aux créanciers d'attaquer les actes du débiteur qui leur portent préjudice, chaque fois que leur action ne risque pas de faire subir une perte à l'acquéreur de bonne foi si ce n'est dans la limite de son enrichissement. Plus n'était besoin de considérer le tiers comme complice d'un délit commis par l'insolvable ; cette idée n'est qu'une réminiscence inutile du fondement de l'action paulienne primitive ; un tel principe a été d'ailleurs abandonné de bonne heure, partiellement, en matière d'actes à titre gratuit.

La loi commerciale a réalisé un renforcement de l'action paulienne en organisant les nullités de la période suspecte ; elle y présume la fraude du débiteur, parfois même la complicité du tiers acquéreur

(1) On pourrait dire il est vrai que lorsque la fraude du débiteur existe et a été reconnue, le recours du donataire évincé est possible contre l'insolvable revenu à meilleure fortune, car celui-ci en aliénant le bien savait qu'il donnait ouverture à l'action paulienne et a, par conséquent, commis une faute dont il devra réparation. Mais un autre principe juridique permettra en toute hypothèse le recours du tiers acquéreur ; l'action paulienne enrichit l'insolvable puisqu'elle le libère en partie de ses dettes tandis qu'elle appauvrit le donataire ; il est juste que le premier, revenu à meilleure fortune, indemnise le second. (Planiol II, n° 331)

(2) La fraude du débiteur aurait dû de même être présumée en matière d'acte à titre onéreux. Ainsi l'action paulienne aurait pu réussir dans le cas, évidemment théorique, où l'obligé aurait ignoré l'effet de l'acte sur sa solvabilité tandis que le tiers au contraire aurait eu conscience de l'appauvrissement que cet acte entraînait chez le débiteur.

dans les hypothèses visées à l'article 446, C. com.[1] On ne saurait nier l'utilité considérable d'une pareille institution. C'est dire la nécessité d'une réforme législative dans le Droit des non-commerçants. Mais on remarquera avec soin que cette idée n'implique point forcément la création d'une faillite civile. L'annulation rétroactive de certains actes se conçoit fort bien en dehors de tout jugement déclaratif, en dehors même de toute procédure collective et égalitaire. Un système eût été possible qui, fondé comme l'action paulienne sur la preuve de la simple insolvabilité par la discussion du patrimoine et instauré dans le cadre des voies ordinaires d'exécution, eût fortifié peut-être suffisamment les droits des créanciers et les eût mis assez à l'abri des opérations frauduleuses de leur débiteur acculé à la ruine. Cette observation aggrave le reproche que nous faisons à la loi civile.

3. — Il faut rapprocher de l'action paulienne, mesure réparatrice, deux mesures préventives : l'*indisponibilité* engendrée par la saisie et l'*hypothèque judiciaire*.

De ces institutions, nous nous sommes déjà occupés à propos de la règle d'égalité et à l'occasion des payements volontaires faisant échec au principe de la dis-

(1) On dit aussi, généralement, que la loi commerciale à l'article 446 (et également aux articles 447 et 448) présume le préjudice, c'est-à-dire l'insolvabilité. Cela n'est vrai qu'en théorie ; en pratique nous savons que toute cessation des payements implique l'infériorité de l'actif, à un point tel qu'elle permet l'emploi de l'action paulienne sans démonstration spéciale du préjudice « Si la faillite par elle-même écrivent Aubry et Rau (4e éd. t. IV, p. 132, note 10 ; 5e éd. t. IV, p. 219, note 10) ne prouve pas l'insolvabilité, elle la fait du moins légalement présumer, et autorise ainsi l'action paulienne ». Comme le dit M. Percerou (*Faillites*, op. cit., I, n° 570 p. 539) « la preuve de l'insolvabilité exigée pour l'exercice de l'action paulienne se ramène en fait à celle de la cessation des payements »,

tribution proportionnelle. Mais, c'est à un autre point de vue, que nous nous plaçons ici. Nous envisageons l'indisponibilité et l'hypothèque judiciaire en tant que moyens mis à la disposition des créanciers — il ne s'agit en l'état de la législation civile française que des créanciers diligents — pour empêcher le débiteur insolvable de détourner, dissimuler, diminuer son actif. De même le dessaisissement général attaché au jugement déclaratif joue un double rôle : interdire la violation de la règle d'égalité, conserver le gage des créanciers antérieurs à la faillite.

Or, considérée sous ce nouvel aspect, l'indisponibilité se révèle insuffisante.

En matière de saisie-exécution, le procès-verbal de saisie place les meubles sous la main de la justice et institue un gardien. Tout détournement engagerait la responsabilité civile et pénale de celui-ci. Toute aliénation serait nulle. On peut estimer à cet égard que les saisissants sont protégés autant qu'il est possible. Mais on a depuis longtemps signalé combien fâcheuse était l'exigence légale du *commandement*, qui, avertissant le débiteur de la saisie, lui permet de cacher ses meubles.

La saisie-arrêt n'a pas cet inconvénient. Elle rend la créance indisponible dès l'exploit d'opposition signifié au tiers-saisi, à un moment où le débiteur ignore encore que la procédure est pratiquée puisque le commandement de payer n'est pas nécessaire pour former saisie-arrêt. Par contre, nous avons vu qu'en dépit de l'indisponibilité, on admettait que le débiteur conserve pratiquement la faculté de céder sa créance : le cessionnaire venant en concours avec

le saisissant ravit à celui-ci une portion de son gage. La solution contraire eut été préférable. Ce faisant, on n'eut point sacrifié les intérêts du cessionnaire ; on lui aurait fait simplement supporter les conséquences de sa négligence : il aurait du, avant d'accepter le transfert ou avant de payer le cédant, se renseigner auprès du débiteur cédé.

Nous arrivons à la saisie immobilière. On le sait l'indisponibilité qu'elle engendre n'empêche pas le saisi d'hypothéquer le bien objet de l'exécution. Si le saisissant est un simple créancier chirographaire, le débiteur a donc le moyen de rendre inutile sa saisie. Et, d'ailleurs, c'est au commandement qu'il aurait fallu attacher l'indisponibilité, non au procès-verbal ; la transcription du commandement rendue nécessaire eut averti les tiers[1].

Il est vrai, l'hypothèque judiciaire enlève à ces remarques à peu près toute leur valeur. Le créancier qui a acquis et conservé pareille sûreté réelle est désormais à l'abri des conséquences fâcheuses des actes du débiteur relativement à ses immeubles. Grâce au droit de suite, il ne redoute pas les aliénations. Bien mieux, grâce au droit de préférence, il ne craint point les dettes nouvelles que pourrait contracter son obligé : il ne saurait souffrir de ses engagements postérieurs.

Et par cela l'hypothèque judiciaire apparaît infiniment plus puissante que l'action paulienne. Elle aboutit à ce résultat que l'actif immobilier appartient tout entier aux créanciers qui ont pu s'inscrire avant que le passif hypothécaire ait dépassé la valeur des immeubles. En d'autres termes, à leur égard, la

(1) Ce système a été adopté en France au profit de la Société du Crédit foncier (Décret du 28 février 1852).

situation ne serait pas meilleure si, à partir de l'époo où la solvabilité appréciée en tenant compte uniquement des immeubles a cessé, le débiteur avait été dessaisi de ceux-ci.

De même le jugement déclaratif de faillite donne un privilège aux créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure : les actes du failli ne sont plus désormais opposables à la masse, et ce privilège se renforce d'une hypothèque légale particulièrement utile dans l'avenir si le concordat est voté. Seulement, en matière civile le privilège ne porte que sur les immeubles, mais il assure un payement intégral aux créanciers inscrits avant l'instant même où le passif hypothécaire est devenu supérieur à l'actif immobilier. En ce qui concerne ces heureux créanciers le système est extrêmement efficace, puisqu'il les met à l'abri de tous les actes par lesquels le débiteur pourrait consciemment ou inconsciemment donner naissance à son insolvabilité. D'autre part, les tiers acquéreurs éventuels ne sont pas lésés : les inscriptions les avertissent que les immeubles ont été grevés pour leur pleine valeur. Par ailleurs et pour la même raison, les créanciers dont le droit est né postérieurement ne sauraient non plus se plaindre, car ils n'ont pu compter sur l'actif immobilier affecté au payement de dettes antérieures.

Il s'en faut cependant que l'institution soit parfaite : le droit de préférence qu'elle confère est, en effet, fondé sur la diligence, non sur l'ancienneté des créances. Lorsqu'en présence d'un actif immobilier encore libre se trouve un passif chirographaire déjà plus élevé, cet actif appartiendra aux créanciers de dettes échues qui auront le plus rapidement obtenu juge-

ment de condamnation. Un pareil résultat est inadmissible.

Mais l'hypothèque judiciaire aurait été facilement défendable, si elle avait accordé un droit de préférence seulement aux créanciers antérieurs à l'insolvabilité appréciée eu égard aux immeubles. Alors, *sans heurter le principe d'égalité*, puisque ces privilèges naissent à une époque où les immeubles à eux seuls couvrent le passif, on eut protégé très efficacement les créanciers antérieurs contre les aliénations et les dettes nouvelles par lesquelles l'obligé peut donner naissance à son insolvabilité.

Nous avions montré comment l'hypothèque judiciaire par le principe collectiviste auquel elle obéit, est *en puissance* une institution égalitaire. Nous venons d'apercevoir, d'autre part, le rôle important qu'elle joue, à cause du droit de préférence qu'elle confère, à côté de l'action paulienne. Et nous avons noté cette idée féconde, à savoir que la tendance égalitaire et la tendance protectionniste, en apparence contradictoires dans l'hypothèque judiciaire, étaient susceptibles d'être conciliées. Il y a là incontestablement trois remarques utiles dont nous aurons à nous souvenir.

§. **II**. — *Les vices secondaires du système civil d'exécution forcée.*

On reproche encore à la procédure civile d'exécution, d'abord son formalisme outrancier, sa lenteur et son coût excessifs, ensuite ses conséquences fâcheuses sur le crédit des non-commerçants. Nous ne nierons point que ces critiques soient en partie fondées, mais nous marquerons qu'il ne faut pas en exagérer l'im-

portance et qu'au surplus certaines d'entre elles concernent des vices qui ne sont pas inhérents aux principaux fondamentaux des voies civiles d'exécution.

1. — Le système de Droit commun est assurément formaliste et il est bien plus que le système commercial. Pour entreprendre une saisie autre qu'une saisie-arrêt, le créancier doit se munir d'un titre exécutoire. La procédure de la saisie immobilière est extraordinairement compliquée. De même, peut-on estimer que l'ordre et la contribution judiciaires se signalent par un pareil défaut. Combien plus simple, semble-t-il, apparaît la faillite ! Un créancier quelconque sans titre aucun déclanche tout son mécanisme par une requête au tribunal de commerce. La procédure mise ainsi en mouvemant se déroule sans formalisme sous l'impulsion du syndic et la direction du juge-commissaire et, portant sur tous les biens, sert à tous les créanciers par une série unique d'actes.

Mais rien n'eut empêché de simplifier les voies civiles d'exécution et d'alléger surtout la procédure de saisie immobilière, comme la généralité des auteurs le demandent.

De la sorte, on eut donné aux créanciers deux grands avantages : la modicité des frais et la rapidité. D'ailleurs, dans le système civil, seuls la saisie immobilière, la contribution judiciaire et l'ordre sont lents et coûteux. Les autres procédures sont extrêmement plus rapides que la faillite et infiniment moins onéreuses pour les créanciers. Il est inutile de nous étendre longuement sur ce sujet.

2. — Il convient d'insister quelque peu, au contraire, sur le grief qui est fait à la loi civile de nuire

au crédit du débiteur. Un point est certain : la sanction de l'obligation chirographaire dans le Droit commun n'a pas la vertu de donner confiance aux créanciers, non parce qu'elle ne promet pas l'égalité si l'insolvabilité survenait, mais parce qu'elle n'est point assez sévère, qu'elle incite les obligés à se montrer récalcitrants, qu'elle favorise la fraude et la dissimulation et couvre la mauvaise foi.

Il s'agit du crédit chirographaire, le crédit immobilier ou sur sûretés réelles mobilières reste étranger à notre examen ; il n'entre pas dans notre plan de rechercher les défectuosités de la loi française en cette matière[1].

Le sujet ainsi limité implique l'étude d'une première question. Les non-commerçants ont-ils besoin de crédit chirographaire ? Il serait, semble-t-il, permis de répondre par la négative, d'autant plus que nous entendons ici par non-commerçants, non point tous les débiteurs régis aujourd'hui par la loi civile, mais bien seulement ceux pour lesquels nous n'avons pas demandé au législateur une extension de la loi commerciale, précisément parce qu'ils nous sont apparus ne pas avoir le même besoin de crédit personnel que les autres et les négociants ordinaires.

A la vérité, on commettrait, à notre sens, une exagération manifeste si l'on affirmait qu'il est inutile d'assurer du crédit à toutes les personnes qui ne peuvent être rangées parmi les commerçants. Les agriculteurs et surtout les petits exploitants manquent de capitaux et sont hors d'état de fournir des sûretés

(1) La question de la réorganisation du crédit hypothécaire est commune aux commerçants et aux non-commerçants, donc distincte du problème dit de la faillite civile.

réelles, importantes même, lorsqu'ils sont propriétaires des champs qu'ils exploitent. Sans doute, les intéressés, en France du moins, sollicitent rarement des avances à court ou à long terme, mais les économistes regrettent pareille mentalité ; sans le crédit, l'agriculture ne saurait se développer de nos jours. D'autre part il ne servirait à rien de décider les cultivateurs à emprunter, si l'on ne pousse point les capitaux vers la terre.

Cela posé, surgit une deuxième question : pour décider les prêteurs de deniers, il faut leur donner confiance, y parviendra-t-on par la simple réforme des procédures d'exécution qui renforcerait les droits des créanciers ? Nous ne le pensons pas. La preuve de notre affirmation est facile. Que l'on veuille bien considérer ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le petit et moyen commerce, la petite et moyenne industrie. C'est un lieu commun de dire qu'ils souffrent d'un manque de crédit. Le petit commerçant ne trouve point de banque qui escompte ses effets, ni de capitaliste qui lui consente sans sûretés solides des avances à long terme ; lui prête-t-on, on exige de lui le payement d'intérêts ruineux. Et pourtant le petit négociant est soumis à la faillite dont la menace possède à son encontre une vertu comminatoire particulièrement puissante. Sa boutique ou son atelier qui représentent toute sa fortune constituent son unique gagne-pain. Pour lui, la procédure de l'union ravissant son bien et lui faisant perdre sa profession serait terrible, il ferait l'impossible pour payer ses créanciers à l'échéance ; les capitalistes le savent, mais cependant ne lui prêtent pas[1].

(1) Toutefois les maisons de gros font crédit (vente à crédit) aux petits commerçants. C'est une nécessité de la concurrence.

L'on ne peut donc reprocher à la loi civile des exécutions forcées de ne pas avoir donné du crédit aux agriculteurs, puisque la loi commerciale elle-même malgré sa rigueur ne parvient pas à en donner aux petits commerçants. Sous l'un et l'autre régime la solution réside, comme l'expérience l'a montré, dans la coopération de crédit, dans l'organisation par les intéressés eux-mêmes de caisses rurales ou urbaines, associations constituées avec un faible capital, entre personnes se connaissant bien et offrant leur responsabilité solidaire illimitée en garantie aux prêteurs[1].

Mais nous n'avons parlé jusqu'ici que des agriculteurs. La situation des autres personnes soumises à la loi civile mérite un examen. Faut-il augmenter le crédit chirographaire des salariés, des fonctionnaires, des rentiers, des particuliers exerçant une profession libérale ? Nous n'en voyons pas la nécessité. Il serait même néfaste au point de vue social d'encourager les capitalistes à faire des avances aux individus dont s'agit, car de telles avances constitueraient ce que les économistes appellent du crédit à la consommation improductive, par opposition au crédit à la production : « celui que le preneur de crédit emploie à des fins d'activité économique[2] ». Entre les mains des salariés, des fonctionnaires, des rentiers, des membres des professions libérales, les biens donnés à crédit, au lieu d'être « un capital à faire fructifier », ne sont qu'un « revenu à dépenser » permettant à l'emprunteur « de mener une existence au-dessus de ses ressources normales ». Le crédit hypothécaire, d'une manière plus générale le crédit réel ne présente pas

(1) Cf. Truchy, *Cours d'économie politique*, t. 1, 2e éd. p. 286 et suiv.
(2) Truchy, *Cours d'économie politique*, t. 1, 2e édition, p. 358.

ces dangers, il n'autorise personne à devenir débiteur au-delà de son actif ; il facilite cependant les opérations courantes des simples particuliers : achat ou construction d'une maison, payement d'une échéance importante en l'absence de fonds disponibles et à un moment où la vente d'un bien ne serait pas avantageuse. Lui seul peut-être mériterait d'être encouragé dans une certaine mesure par le législateur[1].

Ainsi donc, ce n'est point la nécessité d'augmenter la confiance des prêteurs de deniers sans garantie réelle qui pourra nous conduire à critiquer la loi civile et à proposer une réforme rendant plus énergiques les procédures d'exécution. Mais en conclure qu'une telle réforme est inutile serait une erreur. L'intervention législative en ce sens trouvera son motif déterminant dans la précarité et l'insécurité de la situation faite actuellement aux créanciers dont les droits n'ont pas une origine contractuelle et qui sont particulièrement intéressants.

Tandis que les autres n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes, si trop confiants dans leur débiteur ils n'ont pas stipulé de lui une sûreté lors du contrat qu'ils n'étaient point d'ailleurs tenus de passer, ceux-ci au contraire, sans avoir d'imprudence à se reprocher, sont en général les victimes de la faute

(1) On sait d'autre part quelle pratique malheureuse est l'achat à crédit, dans les ménages ouvriers qui alléchés par les modes, de payements mensuels que leur proposent les grands magasins, ne savent point résister à la tentation du luxe. On a remarqué depuis longtemps que la vente à tempérament était une véritable plaie sociale.

Par contre on peut estimer qu'il faut encourager les fournisseurs de denrées alimentaires à faire un certain crédit. Mais le privilège général que leur concède l'art. 2101-5° C. civ. les protègent suffisamment à notre sens et soutient leur confiance mieux qu'un renforcement des procédures d'exécution.

délictuelle ou quasi-délictuelle du débiteur. Et cependant la loi ne vient pas à leur secours : elle les laisse à la merci de l'obligé jusqu'à la fin du procès en indemnité qu'ils auront intenté contre lui et tout au moins jusqu'à l'inscription de l'hypothèque judiciaire qu'ils tiendront de sa condamnation en premier ressort.

Mais cette idée se ramène à la simple constatation nouvelle du vice déjà signalé de la loi civile, à savoir qu'elle ne met pas suffisamment les créanciers à l'abri de la fraude et de la mauvaise foi des débiteurs.

Et cet inconvénient à coup sûr est aussi grave que celui sur lequel nous avions d'abord insisté, à savoir que les procédures civiles d'exécution ne sont pas égalitaires.

CHAPITRE II

Les solutions apportées au problème proprement dit de la Faillite civile par les principales législations étrangères.

Angleterre, Allemagne, Pays-Bas ; Hongrie, Pays Scandinaves, Espagne ; Suisse ; Belgique, Portugal.

Nous ne prétendons point fournir une vue d'ensemble des lois étrangères en la matière. D'abord, une étude complète de Droit comparé, par l'étendue des développements qu'elle nécessiterait, sortirait des limites que nous avons assignées à notre travail. Ensuite, il nous paraît inutile de reprendre la tâche que d'autres, avant nous, ont excellement remplie[1].

Nous nous arrêterons donc seulement aux traits les plus caractéristiques des législations étrangères, à ceux dont l'examen présente un intérêt direct pour la suite et l'équilibre de nos raisonnements. Il nous sera donné de trouver dans les solutions du Droit comparé la vérification de l'énoncé que nous avons posé du problème proprement dit de la faillite civile, et nous découvrirons des précédents législatifs. Ainsi, après avoir confirmé l'ensemble de nos déductions antérieu-

(1) V. Thaller, *Les Faillites en Droit comparé*, t. 1, chap. 1 ; Dupin, *De la Faillite civile*, thèse précitée, pp. 101-154 ; Trancou, *De l'extension de la faillite aux non-commerçants*, thèse précitée, pp. 147-200.

res, serons-nous prêts à écrire dans le chapitre qui suivra celui-ci, les principes d'une réforme de la sanction attachée, dans le Droit commun français, à l'obligation chirographaire de somme d'argent.

Les pays étrangers, du point de vue auquel nous nous plaçons, se divisent en trois groupes, hormis ceux dont le système est le système français. Les uns, en effet, tels l'Angleterre et l'Allemagne, possèdent une faillite unique commune à tous les obligés ; d'autres, comme l'Espagne et la Suisse, ont institué une faillite civile spéciale aux débiteurs non-commerçants ; il en est enfin, parmi lesquels figure la Belgique, qui, pour pallier les inconvénients de la procédure d'exécution par saisie, ont tenté de perfectionner les institutions civiles sans faire d'emprunt au Droit commercial.

SECTION I.

Législations étrangères ayant institué une faillite commune aux commerçants et non-commerçants : Angleterre, Allemagne, Pays-Bas.

L'Angleterre, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Autriche [1], la Croatie-Slavonie-Dalmatie [2], soumettent à une procédure unique de faillite tous les débiteurs indistictement.

§. I. — *Angleterre et Etats-Unis d'Amérique.*

1. — Les dispositions légales relatives à la faillite sont contenues en *Angleterre* dans une loi dont la date est le 10 avril 1914 [3].

(1) Ordonnance-loi du 10 décembre 1914 (Lyon-Caen, *Ann. lég. étr*, 1914-1915, p. 705-710 ; historique et résumé). Antérieurement à ce texte l'Autriche était régie par la loi du 25 déc. 1868, qui organisait une faillite civile distincte de la faillite commerciale.

(2) Loi du 28 mars 1897.

(3) *Bankruptcy Act, 1914 (4 t. V. Geo 5, ch. LIX), an Act to consolidate the Law relating to Bankruptcy.*
Cette loi qui constitue un véritable code de faillite reproduit avec

L'idée générale qui se dégage de l'étude de ce texte est à notre sens celle-ci : le législateur considère que la faillite est une voie d'exécution complète se suffisant à elle-même et faisant, en théorie tout au moins, double emploi avec la saisie. On compte sur la simple menace d'un jugement déclaratif pour faire payer les débiteurs récalcitrants ; on ne charge pas le juge de rechercher si le débiteur est ou non insolvable, s'il a ou non la possibilité d'acquitter ses dettes. En un mot, la faillite anglaise est bien commune aux commerçants et aux non-commerçants, mais elle est tout autre chose qu'une « déconfiture organisée ».

Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner les causes légales d'ouverture énumérées limitativement par la loi. Ces faits, *Acts of Bankrupcy*, n'apparaissent point, par nature propre, des signes externes non équivoques d'insolvabilité. Ainsi un seul créancier muni d'un jugement définitif peut requérir la mise en faillite de son débiteur qui, dans le délai de sept jours, n'a pas satisfait à sa demande de payement[1].

---

quelques retouches de détail la loi du 25 août 1883 (Bankruptcy Act, 1883, 46 et 47, Victoria ch. LII) que des lois postérieures avaient d'ailleurs déjà amendée. — *Bibliographie.* Lyon-Caen, *La Loi anglaise sur la faillite* 1888 ; Alexander, *Etudes sur la loi anglaise des Faillites*, Ann. de Dr. com. 1887, I, 353 ; Thaller, *op. cit.*, 1, p. 105 et suiv.

Pour l'Irlande et pour l'Ecosse, v. Trancou, thèse précitée, p. 183 et suiv. et les références.

(1) Voici la liste complète des Acts of Bankruptcy (Art 4, § 1, loi 1883).

« Un débiteur commet un acte susceptible d'entraîner la faillite dans chacun des cas suivants :

a) Lorsqu'en Angleterre ou ailleurs il fait un transfert ou une cession de biens à un ou à plusieurs *trustees* au profit de tous ses créanciers ;

b) Lorsqu'en Angleterre ou ailleurs il fait frauduleusement une cession, une donation, une livraison ou un transport de tout ou partie de ses biens, ou constitue sur eux quelque charge réelle qui, en vertu de la présente loi, ou de toute autre, serait nulle comme attribuant frauduleusement un droit de préférence, si le débiteur était déclaré en faillite ;

c) Lorsque avec l'intention de fruster ou d'ajourner ses créanciers, il

Quant à la procédure interne, il est sans intérêt de la décrire. Notons seulement que la loi anglaise admet un concordat préventif de majorité ; que le point de départ de la période suspecte est arbitrairement placé trois ans avant le fait qui motive le jugement d'ouverture ; que la clôture des opérations libère toujours le débiteur même non-commerçant ; enfin que les faillis n'encourent aucune déchéance, mais que la fraude entraîne des poursuites pénales.

Les statistiques signalent que les résultats de la procédure anglaise sont très analogues aux résultats de la procédure française. La première ne parvient pas mieux que la seconde à assurer la distribution égalitaire des patrimoines devenus insolvables : à peu près aussi fréquents qu'en France sont les faibles divi-

---

accomplit l'un des actes suivants, savoir : s'il quitte l'Angleterre, ou si, ayant quitté l'Angleterre, il en reste éloigné, ou s'il quitte sa maison d'habitation, ou s'il s'absente d'une autre manière, ou s'il se séquestre dans sa maison ;

d) Lorsqu'un jugement a été exécuté contre lui par voie de saisie et de vente de ses biens à la suite d'un procès porté devant une Cour quelconque ou devant la Haute-Cour.

e) Lorsqu'il dépose à la Cour une déclaration affirmant l'impossibilité de payer ses dettes ou lorsqu'il présente une demande de déclaration de faillite ;

f) Lorsqu'un créancier, qui a obtenu contre le débiteur pour une somme quelconque, un jugement définitif dont l'exécution n'a pas été suspendue, lui a signifié en Angleterre ou, avec l'autorisation de la Cour, ailleurs, une sommation de mise en faillite (Bankruptcy notice) conforme au modèle annexé à la présente loi, le requérant de payer la dette au payement de laquelle il a été condamné par le jugement, ou de fournir une garantie, ou de se prêter à un arrangement de nature à satisfaire le créancier ou la Cour, et que le débiteur, dans le délai de sept jours après la signification de cet acte, si elle a lieu en Angleterre, ou dans le délai fixé dans ce but par l'ordonnance autorisant la signification, n'a pas, ou satisfait à cette injonction, ou établi devant la Cour qu'il a formé une demande reconventionnelle ou en compensation égale ou supérieure au montant de la dette, demande qu'il n'a pu introduire dans l'instance à la suite de laquelle le jugement a été rendu ;

g) Lorsque le débiteur donne avis à l'un quelconque de ses créanciers qu'il a suspendu ou est sur le point de suspendre le payement de ses dettes. (*Traduction Lyon-Caen*).

dendes et les actifs nuls [1]. La remarque a son intérêt, on en déduit que les non-commerçants se comportent en Angleterre, devant la menace de la faillite, comme les commerçants.

2. — Il ne semble pas que les juristes et les praticiens anglais aient élevé ces temps derniers quelque objection à l'encontre des principes qui assimilent, quant à la faillite, les débiteurs ordinaires aux négociants [2]. De là à dire que la leçon de l'expérience britannique déjà ancienne tranche le débat, il n'y a qu'un pas. Il faut bien se garder de le franchir.

L'extension de la procédure collective aux non-commerçants a été, en effet, en Angleterre, le produit d'une longue évolution historique déterminée par des circonstances particulières. Elle apparaît comme un fait naturel et en quelque sorte nécessaire. Et c'est là une idée sur laquelle il n'est pas inutile d'insister.

Tandis que la contrainte par corps, en matière civile, disparut en France pratiquement dès 1667, elle subsista en Angleterre à titre de voie d'exécution ordinaire jusqu'en 1861.

A la fin du XVII[e] siècle, le débiteur, commerçant ou non, emprisonné pour dettes, ne recouvre la liberté que par le payement de ses obligations ou par la lassitude du créancier. La situation était dure pour l'insol-

---

(1) Le dividende moyen serait légèrement supérieur (V. Trancou, thèse précitée, pp. 199 et 200). C'est là sans doute l'heureuse conséquence de la possibilité d'un concordat préventif. Les statistiques anglaises sur les faillites accompagnent chaque année le rapport sur les effets de la loi présenté depuis 1883, au parlement, par le *Board of Trade*, (Bankruptcy Département).

(2) V. le rapport du Comité d'enquête institué en 1906 par le *Board of Trade : Report of the committee*, 1908. (Trancou, thèse précitée, p. 197 et suiv.)

vable de bonne foi. La loi vint d'abord au secours des commerçants, en 1706[1]. En faisant la cession de leurs biens ils échappent à la contrainte par corps et obtiennent l'extinction de leurs dettes[2].

Pendant tout le cours du XVII[e] siècle le sort des non-commerçants ne fut pas amélioré. L'emprisonnement reste le moyen de poursuite normal, d'ailleurs, de beaucoup le plus simple et le plus avantageux pour le créancier, car la procédure des saisies en Angleterre est particulièrement compliquée et onéreuse. Cependant les mœurs devenues de plus en plus douces ne tolérèrent plus de tels abus. Il fallu donner au débiteur malheureux le moyen d'échapper à l'exercice sans terme de la contrainte. Le législateur, en créant en 1813 une procédure du nom d'*Insolvency,* admit le non-commerçant au bénéfice de la cession de biens[3].

C'est le débiteur qui doit demander l'ouverture de l'*Insolvency* ; il doit être déjà détenu pour dettes. La liquidation de son patrimoine se fait judiciairement selon le mode collectif et égalitaire, naturellement propre à un abandon global de tous les biens. La Cour, en l'absence de dol ou de faute grave, prononce ensuite

---

(1) 4, Anne, ch. XVII. Antérieurement à cette loi le commerçant qui par des moyens frauduleux se soustrayait au payement de ses dettes était, tel un criminel, arrêté par la puissance publique qui le dépouillait de ses biens pour les distribuer entre ses créanciers (34 et 35, Henri VIII, ch. IV, 1543 ; 13, Elisabeth, ch. VII, 1571). L'achèvement d'une pareille liquidation ne libérait pas le *bankrupt* et ne faisait pas obstacle à l'exercice sans limite de la contrainte par corps de la part des créanciers impayés.

(2) Il devait à cet effet justifier de sa bonne foi et obtenir le consentement de la majorité des créanciers. Il lui était alors délivré un *certificate of conformity* (certificat de conformité aux dispositions légales). Un *Act.* de 1843 (5 et 6 Victoria, ch. CXXII) supprima la nécessité du consente ment des créanciers.

(3) 53, Geo III, ch. CII, (*Lord Redesdale s act*) La loi ne fut primitivement votée que pour une période d'expérimentation,

l'élargissement immédiat de l'obligé. Dans le cas contraire, elle peut ordonner que la détention continuera pendant six mois, un an, ou deux ans. Le débiteur n'est pas déchargé de ses obligations, mais l'emploi de la contrainte par corps se trouve, pour l'avenir, interdit aux créanciers.

Bientôt en vertu d'un *Act* postérieur[2] le créancier qui avait obtenu l'incarcération put, après vingt-un jours, solliciter lui-même l'ouverture de l'*Insolvency*, procédure plus pratique que la saisie. Or, la seule condition de fond de l'emprisonnement pour dettes était, selon le Droit commun anglais, le non payement d'une obligation de plus de vingt livres. Autant dire, désormais, que telle serait la condition unique l'*Insolvency*.

Dans ces circonstances, il était évident que l'assimilation législative des non-commerçants aux commerçants, quant à la faillite, ne devait point tarder. Il n'y avait plus, en effet, que deux différences importantes entre la voie collective commerciale et la voie collective civile. La *Bankruptcy* dispensait de l'emprisonnement, elle libérait du passif resté impayé. Elle était donc plus favorable au débiteur ; sous la poussée des mêmes idées généreuses qui amenèrent en France l'abolition de la contrainte par corps, elle prit par étapes la place de l'*Insolvency*, tandis que loi limitait puis supprimait la voie d'exécution sur la personne. L'*Act* de 1883 ne fit que parachever l'œuvre déjà en fait accomplie par les *Acts* de 1861 et 1869 [2].

---

(1) 1 et 2 Victoria, chap. CX, art. 36.

(2) Voici les différentes étapes de l'évolution ; 1843-1849 (5 et 6 Victoria, ch. CXXVI ; 7 et 8 Vict. chap. XCVI) : le non-commerçant put de-

On le voit donc, l'exemple de la législation anglaise ne saurait être proposé au législateur français. Chez nous, la création d'une faillite civile, même à champ limité, n'apparaîtra jamais, en effet, comme une mesure de faveur et de clémence envers les débiteurs, tout au contraire. Aussi bien le problème se pose-t-il sur des bases différentes : il faudrait trouver des arguments propres au Droit français pour y transporter une solution qui en Angleterre a été la résultante naturelle de facteurs très particuliers.

3. — Et la même remarque s'adresse à la législation des Etats-Unis [1], qui suit en la matière les principes britanniques.

§. II. — *Allemagne et Pays-Bas.*

1. Les législations allemande et néerlandaise ont ce premier trait commun que le principe auquel elles obéissent est une transaction entre deux idées opposées.

Elles sacrifient d'abord à l'idée d'harmonie en soumettant les non-commerçants à la faillite et en les assimilant à cet égard entièrement aux commerçants. Mais ayant craint qu'une procédure collective qui serait mise en œuvre dès la simple inexécution d'une

---

mander l'ouverture de l'*Insolvency* sans avoir été incarcéré, lorsque ses dettes ne dépassaient pas 300 livres.

1861 (24 et 25 Vict., ch. CXXIII) : la procédure de la *Bankruptcy* est, sous réserve de quelques différences, substituée à la procédure de l'*Insolvency* pour les non-commercants.

1869 (32 et 33 Vict., ch. LXXI) Act promulgué le même jour (9 août) que le *Debtors Act* qui supprima la contrainte par corps.

1883 (46 et 47 Victoria, ch. LII) assimilation complète.

(1) La législation y a été unifiée par la loi fédérale du 1er juillet 1898 (*An act to establish an uniform system of Bankruptcy tronghout the United States*. V. *Ann. lég. étr.* 1899, p. 719-841) modifiée le 5 février 1903.

ou plusieurs obligations ne donne aux créanciers des débiteurs ordinaires un moyen de contrainte trop puissant, les lois allemande et néerlandaise ont choisi chacune de telles conditions légales d'ouverture communes aux deux classes d'obligés, qu'elles ont en définitive laissé les tribunaux libres, selon les circonstances et la qualité du débiteur, de déclarer ou non les faillites.

Aux termes de la loi pour l'Empire d'Allemagne du 17 mai 1898, en vigueur depuis le 1er janvier 1900[1], c'est l'*impossibilté de payer* (Zaklungsunfaehigkeit) qui doit motiver le jugement déclaratif. En Hollande, d'après la loi du 30 septembre 1893, « est passible de la faillite, le débiteur qui se trouve dans *la situation d'avoir suspendu ses payements* »[2].

On ne saurait évidemment imaginer des formules plus vagues : le législateur charge la jurisprudence d'accomplir une tâche en face de laquelle il s'est senti impuissant.

L'emploi en parfaite connaissance de cause d'un procédé aussi mauvais révèle, sans aucun doute, les difficultés auxquelles on se heurte lorsque, tout en voulant assimiler complètement aux négociants les simples particuliers, on entend faire preuve de clémence à l'égard des non-commerçants.

2. — Les législations allemandes et néerlandaises

---

(1) La loi du 17 mai 1898 modifie la loi sur la faillite (Konkursordnung) du 10 février 1877. V. M. Carpentier, *Législation commerciale de l'Allemagne*, 1901, p. 402 et suiv., traduction française de la loi de 1898. Fitting, *Das Reichskonkursrecht, und Konkursverfahren*, 3e éd. 1904 ; Kohler, *Leitfaden des deutsches Konkursrechts*, 2e éd. 1903.

(2) Jitta, *Ann. Dr. com.* 1896, p. 303, et 1902, p. 57 ; Mudler, *Ann. lég. étr.*, 1894, p. 400 et suiv. ; Molengraaf, *Traité des faillites.*

se rapprochent encore par un deuxième caractère. Antérieurement aux textes aujourd'hui en vigueur, elles ont toujours assujetti à la faillite, les débiteurs du Droit commun. Chez elles, la notion de faillite civile apparaît depuis longtemps traditionnelle et en quelque sorte autochtone[1]. On le retiendra, car il en va tout différemment dans notre Droit français.

SECTION II.

Législations étrangères connaissant une faillite civile distincte de la faillite commerciale : Hongrie, Pays Scandinaves, Espagne.

Une faillite civile peut différer de la faillite commerciale, soit quant aux causes d'ouverture, soit quant aux solutions de la procédure et à son organisation interne. Elle peut être, d'autre part, soit une mesure de faveur à l'égard de l'insolvable non-commerçant, soit une mesure de grande rigueur. Les législations que nous allons successivement décrire ont choisi selon leur tempérament propre entre ces diverses conceptions. Nous consacrerons des paragraphes distincts à la Hongrie, aux Pays Scandinaves et à l'Espagne[2].

§. 1. — *Hongrie.*

La loi hongroise sur la faillite date du 29 mars 1881[1].

(1) Précédents législatifs : 1° *Allemagne*, loi prussienne du 8 mai 1855, loi bavaroise du 29 avril 1869, loi hanovrienne du 8 nov. 1850 ; Code de procédure du Grand Duché de Bade du 10 mai 1864. (Huvelin, *Histoire du Droit commercial*, 1904, p. 111-112) ; 2° *Pays-Bas*, ordonnances de 1659 et 1777, Code de procédure civile de 1828, art. 822-899 (faillite civile spéciale à champ limité).

(2) La législation serbe possède également une faillite civile. La Russie des tsars appartenait au même groupe de législation. V. *An. lég. étr.* 1880 p. 708-709.

(3) V. Bufnoir, *Ann. lég. comp.* 1882 p. 320 et suiv., *Jour. des faillites*, 1883 p. 273 et 328.

La procédure applicable aux non-commerçants est la même que celle prévue pour les commerçants.

Les deux classes de débiteurs ont la même faculté d'obtenir un concordat de majorité. C'est là, pour les obligés du Droit commun, un avantage que les voies d'exécution par saisies individuelles ne sauraient donner. En les autorisant à solliciter eux-mêmes l'ouverture de la voie collective, le législateur hongrois améliore leur sort, lorsque l'espoir d'obtenir une remise ou des délais leur est permis.

Par ailleurs, la loi les protège, semble-t-il bien, contre l'impatience des créanciers. Ceux-ci ne peuvent, en effet, demander la déclaration de la faillite de leur débiteur non-commerçant que dans ces hypothèses restrictivement énumérées : l'obligé ne comparaît pas, il a pris la fuite ou se cache, ou enfin il est hors d'état de payer ses dettes[1].

On remarquera toutefois l'imprécision de cette dernière cause d'ouverture : la loi livre les débiteurs à l'arbitraire des tribunaux. On notera aussi que la menace de la faillite civile hongroise est dépourvue de vertu comminatoire utile : le non-commerçant récalcitrant, quelle que soit l'importance du passif qu'il refuse de payer, échappera au jugement déclaratif en démontrant tout ensemble sa parfaite solvabilité et son entière mauvaise foi. Par contre, lorsque le débiteur est déjà insolvable la perspective de la liquidation collective produira les fâcheux effets anti-égalitaires que nous connaissons bien. Les objections ne manquent donc pas à l'encontre du système hongrois.

(1) Loi hongroise (Csodtorveny) art. 244-248.

§. II. — *Pays Scandinaves.*

1. — En Suède[1], la faillite commerciale est applicable aux non-commerçants dans des hypothèses spéciales : lorsque le débiteur a fui ou se cache, lorsqu'il se livre à des manœuvres frauduleuses, ou enfin et surtout « lorsqu'il sera pratiqué pour une autre créance une saisie s'étendant à tous les biens connus du débiteur[2] ».

2. — Les législations danoise[3] et norvégienne[4] sont analogues. La procédure de faillite est identiquement la même pour les négociants et les débiteurs ordinaires. Mais ces derniers ne peuvent obtenir un concordat de majorité[5] : la loi se montre plus sévère à leur égard. Par contre, elle limite considérablement le champ civil de la faillite en énumérant limitativement les causes d'ouverture propres aux non-commerçants : fuite du débiteur, démonstration de l'infériorité de l'actif par les résultats des poursuites exercées contre lui[6].

3. — Le domaine de la faillite civile n'apparaît donc pas considérable dans les pays scandinaves. Les faits susceptibles d'entraîner la mise en œuvre de la voie collective sont peu nombreux. Ils ont été l'objet de définitions légales précises. On aurait tort à notre sens d'y voir une liste des signes externes de

(1) Loi suédoise sur la faillite du 19 septembre 1862, modifié le 13 avril 1883 et le 5 juillet 1884. V. *An. lég. étr.* 1878 p. 686 et 1884 p. 681.

(2) Art. 2.

(3) Loi danoise du 29 mars 1872.

(4) Loi norvégienne du 6 juin 1863. v. *Bull. lég. Soc. comp.* t. 14 p. 64 et suiv. Pour la Finlande, v. *Ann. lég. étr.* 1888, p. 744.

(5) Loi danoise, art. 100, loi norvégienne, art. 60.

(6) Loi norvégienne, art. 3-2° ; loi danoise, art. 42.

l'insolvabilité selon le langage de la doctrine et de la jurisprudence françaises. La faillite civile scandinave loin d'être une déconfiture organisée est, tantôt une peine frappant le débiteur malhonnête, tantôt une procédure de liquidation globale lorsque tout l'actif se trouve déjà sous la main de la justice par l'effet des saisies individuelles formées par les créanciers.

Ainsi conçue et admise comme à regret, elle ne donne plus l'impression de jouer un rôle important ni d'être d'une utilité certaine. Si l'on songe que la menace d'une sanction pénale intimiderait suffisamment les obligés qui trompent la confiance de leurs créanciers, on dira qu'une telle faillite sert seulement à coordonner les saisies les plus tardives et à y appeler tous les créanciers pour opérer à grands frais la distribution effroyablement déficitaire des derniers débris de l'actif.

§. III. — *Espagne.*

L'Espagne est le seul des pays latins[1] qui ait créé une faillite des débiteurs non-commerçants. La réforme y fut l'œuvre délibérée et spontanée du législateur, non le produit d'une évolution historique : les anciennes colonies espagnoles de l'Amérique du Sud[2] ignorent aujourd'hui encore la voie collective de Droit commun.

Mais cette faillite civile[3], tout comme la faillite

(1 et 2) V. cependant le nouveau Code civil de la République de Costa-Rica (Dupin, *op. cit.*, p. 106. note 4).

(3) La faillite civile espagnole qui porte le nom de *Concurso de Accredores*, par opposition à la *Quiebra* faillite commerciale, est réglée quant à ses principes par le Code civil (24 juillet 1889) et quant à la marche de la procédure par la *Ley de Enjuiciamento* (révisée le 3 février 1881). V. *Bull. Soc. lég. comp.* t. XVII, p. 543 ; *Ann. de Dr. com.*, 1892, p. 73, et 1903, p. 100 et suiv. ; Lehr, *Eléments de Droit Espagnol*, n° 445, p. 242.

civile suédoise est une procédure à champ très limité. Elle n'intervient pas dans toutes les hypothèses où l'insolvabilité de l'obligé apparaît sinon certaine, du moins très probable. Les créanciers qui en réclament l'ouverture doivent démontrer l'insuffisance des biens, en établissant que les saisies qu'ils ont entreprises sont à leur égard déficitaires[1]. Dans ces conditions le jugement déclaratif, nécessairement tardif devient un simple incident de la discussion du patrimoine par voies d'exécutions individuelles ; il est rendu lorsque celles-ci ont produit leurs effets anti-égalitaires les plus fâcheux[2].

Il est vrai, le débiteur espagnol non-commerçant aura pris le plus souvent les devants. Il a l'espoir d'obtenir, après avoir sollicité l'ouverture de sa faillite, un concordat ordinaire de majorité. Bien mieux, la loi prévoit en sa faveur un concordat préventif[3] ; l'accord sera homologué en justice s'il est voté par les deux-tiers des créanciers et si les suffrages favorables représentent les trois-cinquièmes du passif ; il n'est besoin d'aucune autre condition.

Avant la loi du 10 juin 1897, les commerçants jouissaient de la même faculté. Mais des abus furent commis ; le législateur s'émut et n'autorisa désormais, en ce qui concerne les négociants, que le simple sursis de trois ans, à la condition d'ailleurs que leurs biens suffisent pour couvrir toutes leurs dettes[4]. C'est là

(1) V. articles 1913-1920, C. civ. esp. Quant à la faillite volontaire le débiteur non-commerçant insolvable et cessant de faire face à ses obligations courantes, à le devoir de déposer son bilan.

(2) D'autant plus que la faillite civile espagnole n'entraîne la nullité rétroactive d'aucun des actes antérieurs du débiteur.

(3) *Quita y espéra* (remise et sursis) art. 1912, C. civ.

(4) Art. 870-873. C. com. esp. modifié par la loi du 10 juin 1897. (*Ann de Dr. com.* 1897, p. 419 et 1889, p. 152 et 160).

une raison de plus pour marquer de l'étonnement en présence de la mansuétude extraordinaire dont fait preuve la loi espagnole à l'égard des débiteurs non-commerçants.

SECTION III.

La loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

La loi fédérale suisse du 11 avril 1889[1] comprenant 335 articles[2], se présente sous la forme d'un véritable code complet de l'exécution forcée. Cette réunion en un même corps de textes, des règles touchant la faillite et la saisie, témoigne de la conception à laquelle le législateur helvétique a obéi en la matière : pour lui, le problème dit de la faillite civile n'est autre que celui de la réforme, dans son ensemble, de la sanction attachée à l'obligation chirographaire de somme d'argent. Et en interdisant la saisie à l'encontre des commerçants, la loi fédérale marque bien le caractère qu'elle attribue à la faillite : elle ne voit pas dans celle-ci une simple procédure de liquidation égalitaire des patrimoines insolvables, elle reconnaît encore toute la vertu comminatoire de sa menace sur l'esprit des débiteurs récalcitrants en état de payer. C'est pourquoi elle élève la voie collective à la dignité de voie d'exé-

(1) La loi fédérale du 11 avril 1889 est entrée en vigueur le 1er janvier 1892. *Bibliographie sommaire :* Oltramare, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Genève 1892. Alfred Martin, *Loi fédérale*, Lausanne 1908. *Ann. lég. étr.* 1890. pp. 609-610 notice de M. Thaller. — Thaller, *Faill. en Dr. comp.* op. cit, t. 1, n° 23 p. 90 et suiv.; Dupin, *op. cit.*, p. 131 et suiv.

(2) La loi comprend douze titres : I. Dispositions générales. — II. De la poursuite pour dettes. — III. De la poursuite par voie de saisie. — IV. De la poursuite en réalisation de gage. — V. De la poursuite par voie de faillite. — VI. Des effets juridiques de la faillite. — VII. De la liquidation de la faillite. — VIII. Du séquestre. — IX. Dispositions particulières sur les loyers et fermages. — X. De l'action révocatoire. — XI. Du concordat. — XII. Dispositions transitoires.

cution complète et universelle, se suffisant à elle-même en toute hypothèse et faisant double emploi avec la saisie. C'est pourquoi aussi, après de longues et intéressantes discussions que nous résumerons tout d'abord, le législateur suisse n'a donné qu'une place extrêmement restreinte à la faillite dans le domaine du Droit commun ; il s'est employé surtout à y aménager la voie de poursuite par saisies individuelles, avec peut-être un peu trop de timidité.

§. I. — *Les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1889.*

En matière d'exécution forcée chaque canton avait sa loi propre[1], avant la loi fédérale de 1889. Les systèmes les plus divers étaient adoptés. A Genève, à Fribourg, dans la Suisse française en général, la faillite était spéciale aux commerçants. Dans les cantons d'Argovie, de Soleure et de Bâle-Ville, la voie collective constituait le seul mode d'exécution pour tous les débiteurs. A Lucerne et à Zurich, la saisie touchait les meubles, la faillite les immeubles, selon le Droit commun. A Berne et Neufchâtel, la faillite de toute personne s'ouvrait lorsque les saisies avaient épuisé tout l'actif connu sans que les poursuivants aient été désintéressés.

Dans ces conditions, il était évident que seul un projet de loi fédérale qui ferait la part de ces tendances opposées et essayerait un compromis entre elles, pouvait avoir quelque chance d'être odopté. L'expérience d'ailleurs ne tarda pas à le montrer.

(1) V. d'Orelli, *Du développement de la législation en Suisse depuis 1872*, *Rev. Dr. Int.* 1880, p. 70, 153, 349.

Les études préparatoires entreprises dès 1868, date à laquelle fut nommée une première commission, aboutirent à un projet appelé depuis *projet Heusler*[1]. Radicale était la réforme proposée : il fallait supprimer la voie d'exécution par saisies même dans le Droit commun, assimiler complètement commerçants et non-commerçants, faire d'une faillite, qui s'ouvrirait en cas de non-payement après sommation spéciale, la seule et unique sanction du droit de créance chirographaire. Et l'*Exposé des motifs* insistait particulièrement sur cette idée que la solution proposée cherchait à contraindre, par la menace de la faillite immédiatement et sans frais, le débiteur en état de payer, et que la voie collective n'atteindrait en fait que les insolvables.

Mais la plupart des tribunaux supérieurs de cantons auxquels le Département fédéral de la justice avait communiqué le projet Heusler émirent des vœux défavorables. En même temps, les membres de la commission des faillites appartenant à la minorité qui avait combattu la suppression de la saisie, rédigèrent un *contre-projet*[1] : la faillite à l'égard des non-commerçants devait être une procédure exceptionnelle, limitée au cas où le débiteur aurait commis quelque fraude et lorsque, en raison de l'état de ses affaires, un séquestre aurait été nommé.

L'*Exposé des motifs* de ce contre-projet faisait valoir, très légitimement selon nous, que la menace de la faillite, voie rigoureuse par nature, ne suffisait pas à

(1) M. Heusler professeur à Bâle était en effet l'auteur du projet et du très long exposé des motifs qui l'accompagnait.
Avant-Projet, traduction française de MM. Carrard et Verrey, Lausanne, 1874.

(1) *Avant-projet de la minorité*, Lausanne, 1875.

éliminer, du champ de son action effective, *tous* les débiteurs solvables : « Le système de la faillite est dur pour la population agricole. On l'a dit cent fois, le commerçant vit de son crédit. Par la vente de ses marchandises, il peut trouver de l'argent. Dans les temps de prospérité et dans les villes on vend aisément une maison. Au contraire, il est fréquent qu'un agriculteur, débiteur d'une somme à peine égale aux deux tiers ou aux trois quarts de la valeur de son bien, ne trouve ni à vendre sa terre, ni à emprunter en la donnant à hypothèque ». L'*Exposé des motifs* invoquait à juste titre un autre argument : « Il ne nous a pas semblé que la solution du problème posé par la Constitution pût être cherchée dans une œuvre nouvelle, faite au point de vue de la science et sans se préoccuper des habitudes et des traditions qui ont créé, en cette matière, des lois connues par la population de nos cantons ».

Ce fut ce mouvement de réaction[1] qui l'emporta. La loi du 11 avril 1889, issue d'un nouveau projet encore plus modéré rédigé par M. Ruchonnet qui au sein de la commission de 1874 avait combattu le projet Heusler, fît de la saisie la procédure normale d'exécution à l'encontre des non-commerçants. Et si ses auteurs, élaborant un texte destiné à régir des cantons où depuis longtemps les débiteurs ordinaires étaient soumis à la faillite, ne purent songer à ne pas introduire la voie collective dans le Droit commun, du moins s'ingénièrent-ils à restreindre le plus possible le domaine de la faillite civile fédérale qu'ils créaient.

(1) En 1884, au congrès de Zug, la *Société des Juristes suisses* proposa de limiter l'emploi de la faillite aux fortes dettes (Thaller, *op. cit.*, p. 102).

§ 2. — *Le régime suisse de l'exécution forcée à l'encontre des non-commerçants.*

A étudier les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889, l'on ne tarde point à découvrir les idées qui sont à sa base. Elle ne cherche pas à munir la règle d'égalité d'une sanction efficace; elle a entrepris une œuvre de logique et de simplification; elle fait de la faillite civile une peine frappant les débiteurs de mauvaise foi ; elle ménage les autres débiteurs non-commerçants.

1. — Le régime qu'elle institue à l'égard des commerçants n'intéresse pas directement notre sujet. Il convient cependant de le décrire dans ses traits les plus généraux, car ce système révèle les tendances du législateur fédéral.

A l'encontre du négociant débiteur et de toute personne inscrite au registre du commerce[1], il n'est d'autre voie d'exécution possible que la faillite[2]. La loi ne prévoit pas la saisie. Le créancier impayé adresse une réquisition à l'*Office des poursuites*, corps de fonctionnaires cantonaux spécialisés. Le *Préposé* du domicile signifie au débiteur un premier commandement. Si l'exécution volontaire n'a pas lieu dans les vingt jours, un deuxième commandement est notifié. Celui-ci, appelé *commination de faillite*, porte sommation d'acquitter la dette dans le délai de vingt jours et menace de la faillite. Le simple fait que le débiteur n'a pas satisfait son créancier dans le temps fixé, autorise ce dernier à demander au tribunal de

(1) Voyez supra p. 354.

(2) V. Dupin, *op. cit.*, p. 145, in fine et 146 (Oltramare, *op. cit.*, p. 35 et suiv.).

rendre un jugement déclaratif[1]. A partir de ce moment, l'*Office des Faillites* et l'assemblée des créanciers dirigent la liquidation.

2. — La procédure ordinaire d'exécution à l'encontre des non-commerçants qui ne sont pas inscrits au registre débute de la même manière : par un commandement que l'*Office des poursuites* adresse au débiteur. Vingt jours après la saisie est possible. Le *Préposé* y procède en mettant les biens de l'obligé sous la main de la justice jusqu'à concurrence de la créance impayée. Il doit commencer par les meubles qui sont de nature à être le plus facilement convertis en argent. La vente a lieu au plus tôt un mois après la saisie. Les autres créanciers qui seront intervenus pendant ce délai de trente jours auront droit à prendre leur part sur le produit de l'adjudication qui autrement serait attribué définitivement par préférence aux seuls saisissants, même si la vente n'était poursuivie en fait que longtemps après. Cette disposition est évidemment contraire au principe d'égalité. Mais remarquons que le grave inconvénient qu'elle présente disparaîtrait complètement si la loi instituait, soit un système de publicité préalable des créances chirographaires, qui obligerait l'*Office* à signaler aux intéressés non renseignés la mesure d'exécution entreprise sur les biens du débiteur commun, soit une publication de la saisie elle-même.

Une autre particularité du régime suisse consiste

(1) Par cette condition d'ouverture de la faillite, la loi suisse se rapproche nettement de la loi anglaise. A côté de cette poursuite ordinaire (art. 159-176) la loi fédérale organise une poursuite spéciale accélérée pour effets de change (art. 178-189) Lorsque le commerçant est en état de cessation de payements, la faillite peut-être déclarée *de plano* sans poursuite préalable (art. 190, § 2).

en cette règle que le créancier n'est point tenu de se munir d'un titre exécutoire si dans les dix jours qui suivent le commandement signifié à son obligé, celui-ci ne conteste pas son droit[1]. Il semble bien qu'une pareille disposition légale heurterait trop directement en France les intérêts professionnels du notariat pour qu'elle puisse y être raisonnablement proposée.

De même la création par la loi française d'un *office* chargé de diriger les saisies n'irait pas sans difficultés ; la réforme entraînerait des dépenses considérables hors de proportion, croyons-nous, avec l'utilité du résultat recherché[2].

3. — Mais, c'est par l'institution d'une faillite civile que la loi fédérale s'éloigne le plus du régime d'exécution forcée adoptée par la généralité des pays latins. La procédure interne de cette voie collective ne diffère pas de la procédure commerciale ordinaire, mais le tribunal s'y trouve immédiatement saisi, sans poursuites préalables de la part de l'*Office*.

Les causes d'ouverture sont au nombre de quatre, selon les termes de l'article 190. « Le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable : 1° si le débiteur n'a pas de résidence connue ; 2° s'il est en fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements ; 3° si le débiteur commet ou tente de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers,

(1) En 1892 (V. Nessi, *Ann. Dr. com.*, 1892, p. 82 ; Dupin, *op. cit.*, p. 153) sur 100 commandements, 15 seulement ont été frappés d'oppositions et le nombre des affaires portées devant les tribunaux est tombé de 10.400 en moyenne à 3.364.

(2) Au demeurant le système suisse en ce qui concerne le rôle de l'*office des poursuites* n'est que l'application, à la matière des voies d'exécution, d'un principe législatif plus général qui consiste à confier à l'autorité judiciaire le soin de diriger les procédures. (V. l'article de M. Tissier *Rev. trim. Dr. civil*, 1906).

soit en aliénant ses biens qui sont leur gage, soit en faisant à quelques-uns d'entre eux des avantages au détriment des autres ; 4° s'il a contrevenu aux dispositions de la loi en dissimulant ses biens ou en en disposant au mépris de la saisie. »

Il n'est point besoin de réfléchir longtemps pour apercevoir que les circonstances visées au texte ne supposent nullement, sauf la troisième, l'insolvabilité de l'obligé. L'on ne saurait à plus forte raison y trouver une énumération même restreinte de prétendus signes externes de la déconfiture. A la vérité, la loi suisse frappe de la faillite seulement les débiteurs malhonnêtes, parmi ceux qui ne sont pas inscrits au registre du commerce. Elle n'a point en vue l'application de la règle d'égalité. Elle institue la faillite civile à titre de peine. Mais il est permis de se demander si la menace de poursuites correctionnelles n'aurait pas eu de plus heureux effets à l'égard de la mauvaise foi des débiteurs.

La législation fédérale suisse connaît aussi la faillite civile volontaire sur dépôt de bilan[1]. C'est là encore une concession faite au système de certains cantons qui tenaient la voie collective pour une procédure générale de Droit commun. La concession est assez platonique ; ce ne sont guère que les individus pour lesquels la perspective de la faillite est dépourvue en fait de vertu comminatoire qui font usage de la faculté à eux laissée par la loi : les employés en sollicitant un jugement déclaratif ne perdent rien s'il n'ont pas de capital acquis, ils bénéficient au contraire des dispositions de l'article 265, § 2, qui, in-

(1) Art. 191.

terdisant les poursuites à l'encontre des faillis aussi longtemps qui ne sont pas revenus à meilleure fortune, défend d'opérer à l'avenir des saisies sur leurs salaires[1]. Ici la faillite a pour effet de soustraire le patrimoine du débiteur à l'action des créanciers !

4. — La législation suisse possède encore une institution curieuse, commune à tous les obligés. C'est le *concordat amiable*[2]. Il permet au non-commerçant dans l'impossibilité de payer ses créanciers d'échapper à la saisie. Le projet de concordat doit être homologué par la justice, qui s'assure que le débiteur n'a commis aucune fraude, que la somme offerte est en proportion de ses ressources et que des garanties suffisantes ont été fournies. Il ne paraît pas que les personnes non inscrites au registre du commerce fassent un usage fréquent de la faveur légale[3]. On peut, d'ailleurs, très légitimement estimer que le délai de grâce individuel, tel que le connaît la loi française, suffit à sauvegarder les intérêts respectables des débiteurs qui n'appartiennent pas au monde des affaires.

Aussi, sommes-nous amenés à une dernière conclusion : en Suisse, l'introduction dans le Droit commun de la faillite et de ses institutions annexes a été plus théorique que réelle ; elle semble bien ne pas avoir été commandée par des principes juridiques supérieurs tels que la règle d'égalité ; elle n'est à peu près qu'une concession de pure forme dépourvue

(1) V. Dupin, *op. cit.*, p. 148, citant une lettre de M. le professeur Rehfous de Genève.

(2) Art. 293-316, loi 1889; loi 27 octobre 1917, ordonnance du 4 avril 1921.

(3) V. Dupin, *op. cit.* p. 147 rapportant l'opinion de M. Oltramare.

d'utilité pratique certaine, faite aux systèmes traditionnels de quelques cantons.

L'étude de la loi fédérale n'apporte donc point des arguments déterminants pour la création en France d'une faillite civile. Et nous n'en avons point trouvé non plus dans l'examen critique des autres législations étrangères.

SECTION IV.

Législations étrangères ayant essayé de perfectionner les institutions ordinaires d'exécution forcée : Belgique, Espagne, Portugal.

On le sait, la sanction de l'obligation chirographaire, fondée sur la saisie individuelle et l'hypothèque judiciaire, mérite deux reproches essentiels ; elle n'est pas égalitaire, elle réprime avec trop de mollesse la mauvaise foi et la fraude des débiteurs. Sur ces deux points, certaines législations, parmi lesquelles quelques-unes d'ailleurs ont créé au surplus une faillite civile, ont tenté de perfectionner directement les institutions dont le groupe forme le régime d'exécution forcée de Droit commun.

Nous décrirons d'abord les réformes touchant l'hypothèque judiciaire, nous fournirons ensuite quelques exemples des améliorations opportées à la répression civile et pénale de la mauvaise foi ou de la fraude.

§. I. — *L'hypothèque judiciaire en Droit comparé*[1].

1. — En Roumanie, dans le canton de Genève, en Suède, en Angleterre, aux Etats-Unis, dans les Pays-

(1) *Bibliographie sommaire :* Challamel. *L'hypothèque judiciaire, étude de critique de législation française et étrangère,* (Prix Rossi) 1881. — De Vareilles-Sommières, *l'Hypothèque judiciaire, son passé, son présent, son avenir,* 1871. — Louis Saint-Quentin, *La Suppression de l'Hypothèque*

Bas, l'hypothèque judiciaire a été supprimée sans avoir été remplacée par une institution nouvelle, ou même n'a jamais existé.

D'autres législations ont spécialisé l'hypothèque judiciaire, soit dans l'inscription seulement comme en Italie, soit encore en la restreignant aux biens présents comme en Autriche, en Hongrie, en Russie, en Pologne, en Grèce.

Sous le nom de *droit d'affectation*, la loi egyptienne connaît une hypothèque spéciale attribuée librement par le juge sur la demande du créancier et dont l'assiette est fixée en proportion des risques courus par celui-ci.

Mais plus intéressantes sont les législations belge et espagnole sur lesquelles nous donnerons quelques détails.

2. *Belgique*. — Particulièrement probante est la leçon de l'expérience belge. La loi hypothécaire du 16 décembre 1851 avait supprimé[1] l'hypothèque judi-

judiciaire en Belgique et le projet (français) de la loi sur la réforme hypothécaire, thèse Paris, 1902. — Abou Haif, *Le Droit d'Affectation sur les immeubles en Egypte* (*Hypothèque spéciale attribuée par le juge*), thèse Toulouse, 1912.

(1) Il avait été d'abord question au cours des travaux préparatoires de la loi belge de remplacer l'hypothèque judiciaire supprimée, par un système dit de l'*opposition immobilière*. Le créancier muni d'un jugement aurait eu la faculté, au moyen d'une opposition inscrite à la conservation des hypothèques, d'empêcher pendant une année toute aliénation ou toute constitution de droits réels sur les immeubles frappés, *faites à son détriment*. Ainsi l'opposition arrêtait sur l'immeuble une somme égale à la créance de l'opposant, mais ne conférait à celui-ci aucun droit de préférence à l'encontre des créanciers ordinaires. Si donc le débiteur aliénait le bien ou le grevait d'hypothèques jusqu'à concurrence de la valeur encore disponible, tous les créanciers chirographaires, opposants ou non, venaient au marc le franc sur la portion du prix égale au total des seules créances des opposants. Et la solution, pour dure qu'elle était à l'égard des créanciers diligents ayant formé opposition, n'était bien cependant que la conséquence directe du principe d'égalité. (V. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 264. En France lors de la tentative de réforme hypothécaire en 1850, M. Bougeard avait proposé un système analogue).

ciaire. L'on vit alors le créancier muni d'un titre exécutoire mis dans l'alternative, ou de subir les conséquences fâcheuses des aliénations postérieures d'immeubles et des constitutions de droits réels consenties par le débiteur, ou de saisir sans retard. La réforme lésait les intérêts des deux parties,

Le législateur intervint bientôt en faveur du créancier. La loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée décida que le commandement qui précède la saisie emporterait, pendant trente jours à partir de sa transcription, interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles saisis. Ainsi, le créancier qui à l'échéance et dès l'obtention de son titre exécutoire engageait une procédure d'exécution sur les immeubles, était désormais à l'abri de la fraude de son débiteur[1].

La jurisprudence belge est allée plus loin, elle est parvenue, grâce à un détour, à rétablir en fait l'hypothèque judiciaire. Le tribunal ordonne, au débiteur qu'il condamne, de constituer une hypothèque conventionnelle, et le menace d'une astreinte. Bien, plus il permet au créancier, qui se heurte à la résistance de son obligé, d'inscrire cette hypothèque en produisant le jugement comme acte constitutif[2]. Tant apparaît pratique et nécessaire cette hypothèque judiciaire que la loi, pour respecter la règle d'égalité, avait entendu radicalement abolir !

3. *Espagne*. — La loi espagnole[3], qui en place de

(1) C'est le système adopté en France au profit du Crédit foncier (Décret du 28 février 1852, art. 34), par dérogation aux dispositions de l'art. 692 C. pr. civ. qui attache l'indisponibilité à la transcription du procès-verbal de saisie.

(2) L. Saint-Quentin, *thèse précitée*, p. 77 et suiv.

(3) Loi hypothécaire du 8 février 1861, révisée le 21 décembre 1869 (art. 1880 C. civ. esp.).

l'hypothèque judiciaire traditionnelle a établi un système dit de *prénotations* [1], a essayé de concilier le principe d'égalité et le besoin de protéger les créanciers contre les actes à venir du débiteur condamné en justice.

A cet effet, la prénotation confère un droit de préférence à l'encontre des personnes dont les créances sont nées postérieurement à sa date ; elle n'empêche pas les créanciers antérieurs de concourir avec le créancier prénoté. Mais ces créanciers antérieurs non prénotés subissent le concours de tous les créanciers postérieurs. En définitive, lors de la distribution du prix d'adjudication on commencera par fixer la part privilégiée du prénoté en le faisant concourir fictivement avec les seuls créanciers antérieurs sur le produit total de la vente ; puis l'on fera venir au marc le franc tous les les créanciers sur le prix total diminué de la partie déjà touchée par le prénoté. Celui-ci percevra deux fois, les créanciers antérieurs comme les postérieurs une seule.

Le principe est simple ; il entraîne, il est vrai, quelques calculs un peu longs mais qui ne présentent aucune difficulté. Seulement le système est incomplet : il ne garantit le créancier qui a requis la prénotation que contre les dettes futures du débiteur. Le droit du prénoté n'a pas la qualité de droit réel muni d'un droit de suite ; il s'évanouit lors de l'aliénation volontaire de l'immeuble et cède devant toute hypothèque née postérieurement. Mais rien n'empêcherait de perfectionner le régime espagnol.

(1) Ou encore d'*annotations préventives* (*anotaciones preventivas*).

§. **II**. — *La répression civile et pénale de la fraude et de la mauvaise foi des débiteurs en Droit comparé, Exemples.*

Certaines législations étrangères qui ont organisé des faillites civiles luttent contre la fraude et la mauvaise foi des débiteurs non-commerçants en instituant une banqueroute civile et en frappant de nullité les actes accomplis au cours d'une « période suspecte ». L'exemple du Droit commercial français nous suffit à cet égard. Il est plus utile de diriger nos recherches vers les pays où la faillite est restée spéciale aux négociants.

1. *Portugal.* — Le Code civil portugais a apporté une amélioration au régime traditionnel de l'action paulienne. Il dispense les créanciers de prouver la fraude du débiteur en matière d'actes à titre gratuit. L'article 1036 dispose, en effet, comme suit : « Si l'acte ou le contrat est à titre gratuit, il peut donner lieu à rescision, lors même que les contractants n'ont pas agi de mauvaise foi »[1].

2. *Chine.* — Le deuxième projet revisé du Code pénal de la Chine contient un article 374 ainsi rédigé : « Le débiteur qui, en vue de porter atteinte aux droits de ses créanciers, *en dispose*, les endommage ou les détruit au moment où la saisie judiciaire en est proche, sera puni de l'emprisonnement de trois ans au plus, ou de la détention, ou de l'amende jusqu'à 500 yuan »[2]. Le texte atteint notamment les aliénations

(1) Traduction Lepelletier. — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, n° 659, p. 567, note 2, in fine.

(2) Texte publié en français, Pékin, fév. 1920, Imprimerie du Pen-t'ang.

frauduleuses opérées avant même l'exercice de la voie d'exécution contre le débiteur ; il renforce l'action paulienne par la possibilité d'une poursuite pénale. Un pareil exemple, dont le principe mériterait d'être étendu à d'autres espèces de fraude, suffit à montrer combien l'idée de banqueroute peut être dissociée de l'idée de faillite. La loi pénale a la faculté de frapper les débiteurs de mauvaise foi sans que la voie collective ait été au préalable introduite dans le Droit commun[1].

(1) En Autriche, où pourtant les non-commerçants sont soumis à la faillite, la loi pénale réprime la fraude en soi, qu'elle émane ou non d'un individu postérieurement ou antérieurement déclaré failli. *Art. 178 C. pénal autrichien : « Les cas dans lesquels la fraude devient un délit par la nature seule du fait sont : ...6° Si quelqu'un par sa prodigalité s'est rendu inhabile à payer ses dettes*, etc... (Traduction Foucher).

CHAPITRE III.

La Réforme législative proposée : Le perfectionnement des voies civiles d'exécution

Description sommaire d'un régime perfectionné d'exécution par saisies ; Les inconvénients et les dangers de l'organisation d'une faillite civile.

Nous divisons ce dernier chapitre en deux sections.

Nous décrirons dans la première, sous ses traits les plus généraux, un système législatif qui, consistant dans un simple perfectionnement de la sanction civile dont est munie l'obligation chirographaire en Droit français, échappe aux critiques que mérite le régime actuel.

Or, montrer directement la possibilité d'une telle réforme, c'est déjà établir que l'institution d'une faillite civile est inutile, puisqu'il existe un moyen plus simple d'obtenir le double résultat recherché : assurer le respect du principe d'égalité et renforcer les droits du créancier chirographaire.

Nous irons plus loin. Entre l'extension aux non-commerçants des règles essentielles de la voie commerciale d'exécution et le perfectionnement de la voie par saisies, nous ne choisissons pas la deuxième solution uniquement parce que, étant en soi satisfaisante, son adoption troublerait moins profondément l'écono-

mie actuelle de notre Droit et parce que les lois ne doivent être novatrices que dans la mesure du besoin. Nous croyons, au surplus, que la saisie améliorée est préférable à toute faillite civile. Nous le montrerons dans notre deuxième section, en exposant les graves objections qui se dressent à l'encontre de l'introduction de la faillite dans le domaine du Droit commun.

SECTION I.

Description sommaire d'un régime perfectionné d'exécution par saisies.

Nous envisagerons d'abord l'exécution sur les immeubles, puis l'exécution sur les meubles corporels et incorporels. Enfin, dans un troisième paragraphe nous exposerons les mesures légales proposées pour réprimer la mauvaise foi des débiteurs ou en réparer les effets.

§. I. — *Les immeubles ; Réforme de l'hypothèque judiciaire, de la saisie immobilière et de l'ordre.*

L'exécution par voie de saisie sur les immeubles se prête admirablement à une amélioration législative. C'est que les immeubles sont des biens individualisés, qu'ils sont susceptibles d'hypothèques et que leur aliénation, comme la constitution de droits réels les grevant, fait l'objet d'une publicité efficace. Une bonne loi sur la sanction civile de l'obligation chirographaire ne saurait manquer d'utiliser largement ces qualités spéciales aux immeubles. Aussi, loin de supprimer l'hypothèque judiciaire, elle la mettra à la base même du régime nouveau, après lui avoir fait subir les tranformations nécessaires[1].

(1) Le projet Darlan (Sénat, séance du 27 octobre 1896) supprime cependant l'hypothèque judiciaire. V. : Lebret, *Revue critique*, 1904, p. 616 et suiv.

1. — L'idée première dont il faut partir est, à notre sens, celle-ci : l'hypothèque judiciaire n'est que le préliminaire de la saisie ; elle constitue l'acte initial de la procédure d'exécution sur les immeubles. D'où il suit logiquement qu'elle devra être attachée non plus seulement aux jugements de condamnation ou de vérification d'écriture, mais encore à tous les titres exécutoires tels les actes notariés. Nous ne voyons pas pourquoi les conditions de l'hypothèque judiciaire différeraient de celles du commandement.

Or, le commandement de payer n'est possible que si la dette pour laquelle il est formé est exigible ; l'hypothèque judiciaire ne produira ses effets que dans cette circonstance. L'acte authentique ne permet l'exécution forcée qu'à l'échéance, il ne confèrera hypothèque judiciaire qu'au même moment.

Sans doute, les créanciers seraient-ils mieux protégés par un système qui leur accorderait un droit réel dès la naissance de l'obligation. Mais ce serait heurter de front la notion fondamentale de la créance chirographaire et violer la loi du contrat. Les créanciers en concédant un terme ont suivi la foi du débiteur ; ils ont passé librement la convention sans exigée d'hypothèque. On ne comprendrait point que le législateur leur accorde une sûreté qu'ils n'ont pas réclamée eux-mêmes. L'hypothèque judiciaire doit rester une mesure d'exécution mise à la disposition du créancier non payé à l'échéance.

On pourra estimer, il est vrai, que la situation faite aux créanciers munis d'un jugement de vérification d'écriture ou d'un titre notarié est bien meilleure que la situation des simples créanciers chirographaires.

Tandis que les premiers sont en mesure d'inscrire leur hypothèque dès l'échéance, la loi oblige les autres à prendre jugement et à laisser, à cet effet, écouler un délai parfois très long. Et cela est d'autant plus fâcheux que les créanciers dont il s'agit sont généralement des créanciers de dettes délictuelles ou quasi-délictuelles, ou encore de pensions alimentaires. Nous pensons que la loi pourrait leur permettre d'inscrire une *hypothèque judiciaire conditionnelle* dès l'assignation du débiteur en justice et avec autorisation du président du tribunal[1].

2. — Mais ce ne sont là que des retouches de détail. L'essentiel de la réforme résidera, à notre sens, dans une transformation des effets de l'hypothèque judiciaire, de manière à ce qu'elle devienne l'instrument de la règle d'égalité.

Sur deux point aucun changement n'est nécessaire. L'hypothèque judiciaire inscrite emporte un droit de suite particulièrement heureux, puisqu'il met ceux qui en sont titulaires à l'abri des conséquences fâcheuses des aliénations, sans empêcher toutefois le débiteur de les consentir. Par ailleurs, le privilège qu'elle confère, par rapport aux créanciers à hypothèques conventionnelles inscrites postérieurement, doit être évidemment maintenu. Mais il ne faut pas que le droit

(1) L'art. 2123 C. civ. fait déjà résulter l'hypothèque judiciaire des jugements, par défaut, ou provisoires ou rendus en premier ressort et non devenus définitifs. (Cass. civ. 4 août 1913, *Gaz. Pal.* 21 octobre 1913 ; Montpellier, 5 janvier, 1911. S. 1911. 2. 114). Il n'est point besoin que le montant de la condamnation soit déterminée. Une dette éventuelle comme celle qui pourra résulter d'un compte que le défendeur à été condamné à rendre, suffit (Cass, Req., 19 août 1878, D. 79. 1. 264, S. 79. 1. 29) (Colin et Capitant II, p. 928). On voit par là combien le système que nous proposons au texte est défendable du point de vue législatif.

de préférence joue entre les créanciers inscrits pour hypothèques judiciaires. Il viendront tous au marc le franc sur le prix de l'immeuble, dans la procédure de l'ordre suivant la purge ou la saisie

L'opération se complique lorsque une ou plusieurs hypothèques conventionnelles ont été inscrites à une date intermédiaire, dans le temps qui sépare les inscriptions de deux hypothèques judiciaires. Le créancier hypothécaire conventionnel prime évidemment les créanciers à hypothèque judiciaire inscrits après lui, mais passe après ceux inscrits antérieurement pour hypothèques judiciaires. Ceux-ci par contre, ne peuvent faire valoir aucun droit de préférence à l'égard des créanciers à hypothèque judiciaire inscrits les derniers. Soit pour fixer les idées : Primus premier inscrit pour 30.000 francs et titulaire d'une hypothèque judiciaire, Secundus inscrit aussitôt après lui pour 60.000 francs et titulaire d'une hypothèque conventionnelle, Tertius inscrit le dernier et ayant obtenu hypothèque judiciaire pour 40.000 francs. L'immeuble est vendu 100.000 francs. Le total des productions s'élevant à 130.000 francs, tous les intéressés ne pourraient être intégralement payés. On considérera d'abord le créancier à hypothèque conventionnelle, Secundus ; à son égard l'immeuble ne supporte comme charge que la créance de Primus qui est telle que Secundus recevra un payement complet. On défalquera donc 60.000 francs du prix de l'immeuble ; Primus et Tertius se partageront 40.000 francs au prorata de leurs créances. Si la dette envers Primus avait été égale ou supérieure au prix de l'immeuble, Secundus n'aurait rien touché, mais Tertius

serait néanmoins venu au marc le franc, avec Primus, cette fois sur le prix total [1].

3. — Nous achèverons de caractériser le système, quant à son mécanisme assurant l'égalité forcée, en nous occupant de l'indisponibilité engendrée par la saisie immobilière et de la protection due aux créanciers à terme.

Nous attachons l'indisponibilité à la transcription du commandement, à la condition toutefois que le créancier qui l'a signifié n'ait pas laissé écouler plus de quatre-vingt-dix jours entre le commandement et la saisie [2].

---

(1) En définitive l'hypothèque judiciaire, selon le régime nouveau proposé au texte, arrête sur l'immeuble qui sera le premier saisi sur le débiteur et au profit indistinctement de tous les créanciers qui seront alors inscrits, *une somme seulement égale à la créance du premier inscrit.* La portion du prix à provenir de l'immeuble qui excède la valeur due à ce premier créancier, a été en effet laissée disponible entre les mains du débiteur, jusqu'au jour où une inscription nouvelle d'hypothèque judiciaire a été prise. Dans l'intervalle, le débiteur a pu valablement constituer une hypothèque conventionnelle sur la portion non encore grevé de l'immeuble ; le lui interdire serait donner à un créancier, peut-être de sommes minimes, la faculté de frapper d'indisponibilité totale et absolue tout l'actif immobilier, parce que, muni d'un jugement de condamnation, il n'aurait pas été payé à l'échéance. Un pareil dessaisissement fut-il limité à un an ou deux ans dans sa durée, nous apparaît inadmissible, alors surtout qu'aucune voie d'exécution proprement dite n'est encore entreprise sur le débiteur. V. notre n° 5.

Mais si après une première inscription d'hypothèque judiciaire et avant une deuxième, l'obligé vend l'immeuble au lieu de l'hypothéquer, le créancier retardataire perd, aussitôt la transcription de l'aliénation, tout droit éventuel sur le bien ; au contraire le créancier diligent exercera utilement le droit de suite qu'il a acquis et conservé : il sera payé sur le prix sans avoir à subir de concours.

(2) Le créancier poursuivant qui aurait laissé écouler le délai sans saisir devrait réitérer le commandement et opérer une nouvelle transcription qui engendrerait l'indisponibilité à sa date. Cf. art. 674 C. proc. Le système adopté au texte est celui proposé par M. Challamel (Commission extra-parlementaire du cadastre, procès-verbaux, fas. III, 1892) qui attachait une indisponibilité totale et absolue à la transcription du commandement. Mais M. Challamel faisait produire cet effet au commandement pendant deux ans.

L'indisponibilité vaudra, *sur l'immeuble saisi*, hypothèque judiciaire prenant rang *à l'égard des tiers* au jour de la transcription du commandement, au profit de *tous les créanciers de dettes nées antérieurement à ce jour et qui auront produit avant la distribution du prix de l'immeuble*. Ces créanciers, encore bien qu'ils n'aient pas de titre exécutoire et sous réserve en cas de contestation d'un jugement sur *contredit*, concourront avec les titulaires d'hypothèques judiciaires inscrits individuellement avant le commandement, mais primeront les créanciers à hypothèques conventionnelles inscrits après ce commandement et ceux à hypothèques judiciaires inscrits depuis la même époque pour dettes nées après la publication de l'indisponibilité.

L'aliénation de l'immeuble transcrite après la transcription du commandement est nulle[1]. L'acquéreur ne libérerait pas le bien en payant les créanciers inscrits ou connus : le débiteur par une vente précipitée consentie dès le commandement aurait autrement toute facilité pour frustrer les créanciers chirographaires alors existants, mais non révélés et que nous entendons protéger par l'indisponibilité.

Néanmoins l'aliénation aura son exécution si avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur consigne la somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais, ce qui est dû aux créanciers individuellement inscrits, au saisissant et aux créanciers chirographaires antérieurs à la transcription du commandement et *qui se seront fait connaître avant le*

(1) Cf. art. 686 C. proc.

huitième jour qui précède la date fixée pour l'adjudication, et s'il leur signifie l'acte de consignation[1].

Quant aux hypothèques ordinaires, conventionnelles ou légales, constituées dans le temps qui suit la transcription du commandement, point n'est utile de les frapper de nullité : leurs titulaires ne seront payés qu'après les créanciers antérieurs à l'indisponibilité.

Mais, il ne suffit pas de donner à ceux-ci une sûreté collective dès le début de la saisie et de leur permettre d'intervenir à la procédure. Pour que le principe d'égalité reçoive une sanction efficace, il faut encore les convoquer à la distribution du prix de l'immeuble. Comment y parvenir d'une manière certaine si l'on admet avec nous qu'ils pourraient ne pas avoir connaissance d'une publicité par affiches et journaux ? Le plus simple est d'ouvrir au bureau des hypothèques un registre nouveau et spécial. Les créanciers dont l'obligation est née, mais qui ne remplissent pas encore les conditions nécessaires pour prendre une inscription d'hypothèque judiciaire feraient porter sur le registre leurs noms et domiciles, en n'indiquant au surplus que les noms et domiciles de leurs débiteurs et la date de leurs créances.

Cette inscription d'une nature toute particulière aura pour seul effet le suivant : toute distribution du prix d'un immeuble saisi, appartenant au débiteur dans l'arrondissement hypothécaire considéré, sera nulle si tous les créanciers antérieurs à l'indisponibilitée et aussi inscrits avant la transcription du jugement d'adjudication[2], n'ont pas reçu individuellement

(1) Cf. art. 687 C. proc.

(2) Ou avant le huitième jour qui précède le jour fixé pour l'adjudication, lorsque une aliénation volontaire à eu lieu au cours de la saisie, comme nous l'avons expliqué au texte.

une sommation de produire signifiée à personne ou à domicile.

Etat de ces inscriptions préventives ne sera délivré qu'à l'avoué poursuivant et après transcription de l'adjudication. Avant cette époque et pour toutes autres personnes le registre n'est point public. Aussi, peu importe la véracité des déclarations qui y sont portées et le mensonge ou l'erreur d'un individu se prétendant créancier alors qu'il ne l'est pas[1]. La preuve de l'existence de la créance, de sa date et de son montant sera fournie au moment des productions après l'ouverture de l'ordre. Le conservateur ne peut exiger aucune justification ; sa seule tâche consiste à enregistrer et à classer les déclarations de créances par noms de débiteurs. Ainsi, rien n'est plus facile à un créancier qui n'a pas de titre et dont le droit n'est ni liquide ni même certain de faire en sorte qu'aucune distribution du prix d'un immeuble saisi sur son débiteur[2] n'ait lieu sans qu'il y soit appelé.

4. — Les créanciers à terme ou sous condition suspensive jouiront aussi de la même faculté. Mais c'est à leur égard qu'il est plus difficile de mettre en œuvre le principe d'égalité.

Ils ne sauraient toucher à l'ordre, si l'insolvabilité du débiteur n'est point prouvée, et, nous le savons, elle ne sera généralement établie avec certitude que par la discussion du patrimoine tout entier, la vente des immeubles et des meubles. Or, l'immeuble saisi,

(1) La publicité complète et entière de pareilles déclarations nuirait évidemment au crédit du débiteur. Une publicité restreinte, comme celle prévue au texte, ne présente pas ces inconvénients.

(2) Nous disons « *saisi sur son débiteur* », en effet l'inscription préventive, simple déclaration de créance, n'emporte aucun droit de suite.

dont il s'agit de distribuer le prix, a fait l'objet peut-être de la première exécution entreprise sur le débiteur.

Mais si l'on ignore la valeur de l'actif total, on connaît exactement [1] tout le passif échu ou à terme existant au moment où l'ordre s'ouvre, grâce à la publicité des créances par inscriptions préventives, dont nous avons demandé l'organisation.

Le prix de l'immeuble saisi couvre-t-il à lui seul le passif total, point de doute : le débiteur est solvable ; les créanciers à terme ou conditionnels n'ont aucun droit à faire valoir. Dans le cas contraire que faut-il décider ?

Nous distinguerons. Si les créanciers de dettes échues établissent en justice, au cours de l'instance du contredit, que l'actif immobilier connu couvre *incontestablement* le passif à terme et le passif échu qui restera impayé [2], la distribution du prix de l'immeuble présentement saisi aura lieu définitivement et sans tenir compte des créances non exigibles.

Mais si pareille preuve d'évidence n'est point rapportée, la distribution qui sera faite néanmoins entre les seuls créanciers de dettes échues n'aura qu'un caractère conditionnel. La démonstration postérieure de l'insolvabilité la résoudrait de plein droit et obligerait ceux qui y ont effectivement perçu à faire rap-

(1) Sous réserve des discussions possibles (jugement sur contredit) quant à la date exacte des créances.

(2) La preuve à fournir ne comporte qu'une évaluation sommaire de l'actif immobilier, appréciée par le tribunal lui-même, sans le secours d'experts. Le juge ne tenant compte que des biens dont le débiteur est certainement propriétaire décidera souverainement s'il est ou non constant que *l'actif immobilier estimé à sa valeur minima couvre largement tout le passif.*

port, au profit des créanciers à terme, des deniers touchés en violation de la règle d'égalité.

La part éventuelle de chaque créancier à terme est calculée immédiatement à la suite de chaque saisie. On applique à cet effet ce principe que tout doit se passer comme si le débiteur avait été déchu du bénéfice du terme dès la première saisie. Expliquons-nous. Chaque procédure d'exécution donnera lieu à deux distributions, l'une réelle mais conditionnelle faite en supposant la solvabilité c'est-à-dire en écartant les créanciers à terme, l'autre fictive pour l'instant, opérée sur le papier, comprenant tous les créanciers et faite en supposant l'insolvabilité du débiteur. Et soit la saisie d'un premier immeuble vendu 100.000 francs aux enchères ; produisent à l'ordre E 1 et E 2, créanciers d'obligations échues chacun pour 50.000 et T 1, créancier à terme de 100.000 francs. Distribution réelle immédiate . E 1 50.000, E 2 50.000. Distribution fictive sur le papier : E1 25.000, E2 25.000, T1 50.000. E1 et E2 rapporteront donc chacun 25.000 au profit de T1 si celui-ci démontre ultérieurement l'insolvabilité. Mais voici une nouvelle saisie ; produisent à l'ordre E3 et E4 [1], qui touchent à titre conditionnel, l'un et l'autre au marc le franc. E1 et E2 n'interviennent pas à cette distribution sous condition résolutoire, puisqu'ils ont été intégralement payés lors de la saisie précédente. Mais ils vont produire à la distribution sous condition suspensive, en concours avec E 3, E 4, T1 et T 2, si l'on suppose qu'un nouveau créancier à terme a surgi, et ils produiront pour ce que l'ordre fictif de la saisie antérieure ne leur a pas attribué du montant total de

(1) E3 et E4 sont des créanciers dont les droits sont nés et échus depuis la première saisie.

leurs droits, soit pour 25.000 chacun. De même T1 se présentera pour 50.000, tandis que E3, E4 et T2 compteront dans le calcul pour l'intégralité de leurs créances. Et ainsi de suite dans les autres saisies.

Les distributions sous condition suspensive viennent à effet lorsque les créanciers à terme qui y ont participé démontrent que l'insolvabilité existait au jour où elles ont eu lieu sur le papier. Par exemple, T1 devra prouver à la fin de la discussion du patrimoine que lors de la première saisie immobilière, le passif total dépassait l'actif total. Il y parviendra en établissant que les produits additionnés de la saisie dont s'agit et de toutes les saisies mobilières ou immobilières postérieures[1] sont inférieurs au total des créances de E1 et E2 ajoutées à la sienne propre, somme qui représentait le passif global à l'époque considérée.

Les créanciers des dettes échues ne donnent point caution[2].

Le recours contre les créanciers venus effectivement à l'ordre est irrecevable un an après l'achèvement de la discussion du patrimoine ou lorsque celle-ci n'a pas été terminée dans les cinq années qui suivent la clôture de cet ordre. Il est donné à ces créanciers un délai de trois mois depuis leur mise en demeure pour rapporter l'excédent dont ils sont débiteurs, mais qui, entre leurs mains, constitue un capital disponible pour lequel ils ne doivent pas d'intérêts.

---

(1) Et aussi de certains payements individuels. V. infra § II, 2.

(2) Devra cependant fournir une garantie, celui dont la faillite à été déclarée ou dont une portion importante des biens est saisie. Dans les autres hypothèses la dation d'une sûreté nous apparaît une complication et une gêne inutiles ; le créancier de dette échue qui perçoit effectivement à l'ordre devient déjà, en fait, dans le système proposé, une sorte de caution du débiteur commun.

5. — Il nous paraît que ce système appliqué aux immeubles met en œuvre d'une manière très heureuse et très complète la règle d'égalité, saisie par saisie, sans qu'il soit besoin d'organiser une liquidation générale du patrimoine. Mais il faudrait se garder, croyons-nous, de faire trop bon marché du droit de préférence que contient l'hypothèque judiciaire aujourd'hui, et de décider dans la loi nouvelle qu'il sera toujours inopposable à tous les créanciers produisant à la suite de la même saisie.

Une hypothèque judiciaire à effet complet acquise à une époque où l'actif immobilier couvrait incontestablement le passif ne heurte pas le principe d'égalité ; elle doit donner à son titulaire une garantie solide contre l'insolvabilité future éventuelle. Le créancier qui l'a obtenue aurait pu poursuivre le débiteur sans tarder ; la saisie de ses immeubles l'aurait rempli de ses droits, même si tous les autres créanciers alors existants y compris ceux à terme avaient concouru au marc le franc avec lui. Le menace-t-on, s'il reste inactif, de le faire souffrir des dettes nées postérieurement à son hypothèque, il s'empressera de saisir aussitôt l'échéance arrivée. Ce serait là un résultat fâcheux, encore bien que le débiteur fût solvable. La rapacité des créanciers ne mérite aucun encouragement et l'un des arguments que l'on présente en faveur du maintien du privilège conféré par l'hypothèque judiciaire actuelle réside précisément dans cette idée que par elle le débiteur jouit d'un certain répit[1].

Il nous semble donc opportun de proposer le système suivant dont le mécanisme se superposerait au

(1) Colin et Capitant II, p. 933.

mécanisme égalitaire déjà décrit. Seront payés par privilège sur le prix d'un immeuble saisi les créanciers dont l'hypothèque judiciaire a été inscrite à une date où le montant des créances échues ou à terme, connues par des inscriptions ou des déclarations portées au registre spécial, n'atteignaient pas le prix d'adjudication. Soit un immeuble ayant produit à la vente, le 1er décembre, la somme de 100.000 francs. Le total des créances inscrites ou déclarées se monte à cette dernière date à 200.000 francs et se décompose ainsi : Primus, créancier de 60.000 est titulaire d'une hypothèque judiciaire inscrite le 1er avril ; Secundus a déclaré une créance à terme de 30.000, non encore échue et née le 1er janvier ; Tertius a inscrit une hypothèque judiciaire pour 55.000, le 1er mai ; Quartus, pour 55.000, le 1er juin. Au 1er avril, par conséquent, le passif total atteignant 90.000 francs était inférieur au prix de l'immeuble. Primus sera payé par privilège et touchera 60.000, définitivement. Tertius et Quartus se partageront l'excédent, soit 40.000 francs, au prorata de leurs créances, tandis que la part éventuelle de Secundus sera déterminée par le calcul et que seront fixées ainsi les sommes que Tertius et Quartus devront lui verser s'il démontre plus tard l'insolvabilité du débiteur commun.

Et supposons qu'un deuxième immeuble soit ensuite saisi et vendu. Secundus, Tertius et Quartus produiront seuls et seulement pour leurs créances diminuées des acomptes à eux attribués dans la distribution précédente. Si les droits réunis de Secundus, considéré comme créancier de dette échue, et de Tertius ne dépassent pas le prix de l'immeuble, Tertius bénéficiera du privilège et percevra par préférence à Quar-

tus qui, seul, sera tenu d'une obligation conditionnelle envers Secundus, créancier à terme, à moins que de nouveaux créanciers, Quintus et Sextus aient entre les deux saisies inscrit une hypothèque judiciaire ou déclaré leurs créances à terme. Dans une troisième saisie le privilège jouera peut-être en faveur de Quartus.

De pareilles réformes sont de nature, à notre avis, à rendre parfaite sur les immeubles la sanction de l'obligation chirographaire du Droit commun.

Sans doute, nous objectera-t-on la complication de notre système et les nombreux calculs qu'il entraîne ; sans doute, encore insistera-t-on sur les difficultés engendrées par la nécessité de connaître la date des créances produites, mais il n'est pas, à notre sens, de meilleur régime législatif qui puisse, à un moment où l'on ignore encore si le débiteur est insolvable, respecter à la fois la règle d'égalité, en tenant compte des dettes à terme, et le principe qui veut que la loi protège les créanciers contre la fraude éventuelle du débiteur sans les obliger à saisir dès l'échéance.

§. **II**. — *Les meubles ; Réforme de la saisie-exécution, de la saisie-arrêt et de la procédure de distribution par contribution ; Mesures destinées à limiter les fâcheux effets de la liberté laissée au débiteur de faire des payements volontaires préférentiels*

La réorganisation de l'exécution forcée proprement dite sur les meubles ne doit pas nous retenir fort longtemps. Le problème est plus simple que pour les immeubles et nous avons déjà posé à l'occasion de cette dernière sorte de biens une série de règles fonda-

mentales qu'il s'agit maintenant de transposer pour les adapter à la nature des meubles.

Cette première étude achevée, nous en aborderons une deuxième et essayerons de construire une institution complémentaire dont le mécanisme puisse restreindre en temps opportun les conséquences néfastes de la faculté laissée au débiteur, peut-être insolvable, d'employer à des payements volontaires violant la règle d'égalité, les deniers qu'il détient et qui constituent en ses mains des effets mobiliers par excellence.

1. — Il convient de maintenir quant aux saisies la disposition essentielle de notre Droit commun, à savoir que toute exécution déficitaire conduit nécessairement et immédiatement à une distribution au marc le franc, encore bien que la preuve soit faite de la parfaite solvabilité du débiteur. D'où il suit que chaque saisie sera égalitaire et que l'ensemble de l'exécution sur les meubles participera du même caractère, si tous les créanciers sont appelés à chaque saisie ou à la distribution des derniers qui s'ouvre après elle. Et comme à cette époque l'infériorité de l'actif général n'est pas établie et peut-être même n'existe pas, les créanciers à terme n'interviendront qu'à titre conservatoire. Leur part sera calculée, mais ils ne la percevront pas ; touchée par les créanciers de dettes échues au prorata de leurs droits propres, elle devra être rapportée à la fin de la discussion du patrimoine si celle-ci se solde par un déficit [1].

(1) La somme provenue de la saisie dépasse-t-elle les productions des créanciers sans terme, l'excédent est remis au débiteur. On calcule les parts des créanciers d'obligations non exigibles sur le total de celles des autres créanciers, de telle sorte que le payement intégral de ces derniers se trouve affecté d'une condition résolutoire.

Nous renvoyons pour le surplus à ce que nous avons dit au sujet des

Mais il faut organiser la publicité des saisies mobilières pour avertir les intéressés et leur permettre de former en temps utile des oppositions aux distributions. On ne peut songer à une publicité localisée au lieu de la saisie ou au domicile du débiteur ou encore au lieu de sa naissance : souvent les créanciers ne connaissent que la résidence temporaire de l'obligé. Le système manquerait d'efficacité. Nous renonçons donc à l'ouverture d'un registre de déclarations préventives de créances, par arrondissement. La publicité doit être centralisée ; il existera un seul registre pour la France entière. Il sera tenu par un office à créer, qui pourrait recevoir l'appelation de « *Conservation générale des créances chirographaires* ».

Le créancier pour dette échue, conditionnelle ou à terme adresse à l'office, sans avoir de justification à fournir, un bordereau spécial sur imprimé délivré par l'Administration. Il fait simplement connaître son nom et son domicile, le nom, le domicile ou la résidence actuelle du débiteur et tous autres renseignements propres à individualiser celui-ci. Ces bordereaux doivent être renouvellés tous les cinq ans ; l'office range ceux qui concernent le même débiteur sous une chemise à son nom, classée dans le compartiment utile d'un système alphabétique de casiers.

Toute distribution ou perception de deniers provenant d'une saisie mobilière est nulle, si les créanciers ainsi inscrits n'ont pas été sommés, par lettre

droits des créanciers à terme dans les distributions à la suite des saisies immobilières. Nous rappelons à nouveau cependant, que le système proposé ne lèse aucunement les créanciers de dettes échues, au contraire. Si le débiteur est insolvable (ce que l'on ne saura que plus tard) ces créanciers se trouveront avoir reçu une avance gratuite qu'ils auront pu faire fructifier et qu'ils ne devront rembourser qu'après un délai d'au moins trois mois depuis leur mise en demeure.

recommandée de produire en justifiant de l'existence et du montant de leurs créances. L'huissier saisissant doit obligatoirement dans les trois jours de l'exploit de saisie demander à l'office un état des inscriptions prises sur le débiteur. L'office le lui fait parvenir dans les trois jours de la réception de la demande.

S'agit-il d'une saisie-arrêt, la consignation, prévue par la loi du 17 juillet 1907, avec affectation spéciale au profit du saisissant, n'est possible qu'après l'expiration d'un délai de huit jours francs depuis l'avertissement individuel donné aux créanciers inscrits et si aucun d'eux n'a fait opposition [1].

2. — C'est donc sans difficultés considérables que le législateur pourra soumettre entièrement à la règle d'égalité les répartitions des deniers provenus d'une saisie mobilière. Il complètera son œuvre en essayant de limiter les fâcheuses conséquences anti-égalitaires des payements volontaires préférentiels.

Il nous paraît utile à cet effet d'assimiler ces exécutions volontaires à des exécutions forcées et de placer l'*accipiens* dans la situation du créancier désin-

(1) On pourra formuler à l'encontre du système de publicité proposé au texte l'objection suivante : il crée une organisme nouveau et le charge d'une tâche très lourde : tenir un répertoire de tous les créanciers chirographaires de débiteurs français non-commerçants. Si cette tâche n'est pas surhumaine, du moins dira-t-on, emploiera-t-elle un personnel extrêmement nombreux et grèvera d'une manière inadmissible le budget de l'Etat. Pour répondre il suffit de remarquer que plus les déclarations de créances seront nombreuses plus les frais généraux de l'office unique seront moindres par inscription et que, d'autre part, l'inscription peut donner lieu à la perception d'un droit fixe. Il nous semble qu'une somme de dix francs au maximum couvrirait très largement les frais de classement d'un borderau : quelques minutes du travail d'un commis. Or, demander au créancier une pareille somme n'est pas lui demander un sacrifice exagéré. La déclaration serait d'ailleurs purement facultative. De même la délivrance des états d'inscription pourrait être l'occasion de la perception d'un droit fixe plus élevé.

téressé à la suite d'une saisie, de telle sorte qu'il doive rapporter, ce qui excéde le dividende auquel il pouvait prétendre, au profit des créanciers de dettes échues ou à terme dont les droits étaient nés au jour du payement considéré et qui démontreront ultérieurement l'insolvabilité du débiteur [1].

Mais on comprend sans peine qu'un pareil principe appelle de nombreux tempéraments. Il porte une atteinte trop grave au crédit chirographaire [2] des non-commerçants pour que son domaine ne soit pas limité. Il ne saurait notamment entrer en action à une époque où rien encore ne permet de douter de la parfaite solvabilité du débiteur. Ce serait heurter trop directement la règle de sécurité dans les actes juridiques.

Aussi bien le principe posé ne jouera qu'à partir d'une manifestation formelle de volonté émanant des autres créanciers et qu'au profit exclusif de ceux qui en auront pris l'initiative. Et cette opposition sera valable, seulement lorsque dans l'année qui la précède deux saisies auront été pratiquées sur le débiteur. Elle nécessitera l'autorisation du juge des référés, rendant une décision gracieuse.

Elle se présente en la forme d'un simple bordereau visé par le président et adressé à l'office central dont nous avons parlé. Elle n'est pas signifiée au débiteur. Les créanciers déjà inscrits à l'office sont avertis directement par l'administration comme le seront tous les autres au fur et à mesure de leur inscription.

---

(1) L'accipiens en prévision de cette éventualité est autorisé à produire aux distributions opérées sur le papier et affectées d'une condition suspensive, postérieurement à son payement.

(2) Nous rappelons toutefois que nous avons montré la faible utilité qu'il y a à donner un large crédit chirographaire aux personnes que nous laissons dans la classe des non-commerçants.

L'opposition vaut pour l'avenir et à l'encontre de tous les créanciers chirographaires qui seraient payés depuis la date de sa publication. Elle n'a plus d'effet après deux années écoulées sans nouvelle saisie.

Elle n'atteint point les payements de dettes minimes, celles qui ne dépassent pas mille francs ; ni les payements faits au comptant pour l'extinction d'obligations, nées sans terme, à la charge du débiteur commun, lorsque ce dernier a reçu du créancier ainsi désintéressé une contre-prestation dont la valeur a augmenté son actif[1], par exemple l'obligé a fait un achat et il a été stipulé lors du contrat que le prix en serait acquitté immédiatement.

Ainsi, au début même de la discussion d'un patrimoine insolvable et sans qu'il soit besoin de prouver en justice l'infériorité de l'actif, le législateur pourra par les réformes que nous avons décrites dans leurs dispositions essentielles, imposer aux créanciers le respect de la règle d'égalité. Et l'on remarquera que le système fonctionne sans gêner le débiteur, sans aggraver en aucune manière sa situation, sans limiter ses droits propres. Il n'y a pas à craindre de la sorte que, redoutant la saisie plus que sous la loi actuelle, il ne s'emploie désormais à reculer le temps où elle deviendra inévitable, en liquidant lui-même son patrimoine pour acquitter ponctuellement toutes ses dettes exigibles, jusqu'à l'extrême limite des forces de son actif. C'est donc de très bonne heure en général que les distributions obéiront à la règle d'égalité intégrale.

---

(1) Sous réserve de la possibilité d'intenter l'action paulienne si le débiteur a reçu moins qu'il ne donnait. Voyez : même section, § III.

§. **III**. — *La fraude, la mauvaise foi, la faute du débiteur ; Dispositions préventives civiles et pénales ; Réforme de l'action paulienne.*

La fraude et la mauvaise foi du débiteur présentent les formes les plus diverses. Tantôt l'obligé parfaitement solvable et en état de payer oppose une résistance injustifiée aux créanciers réclamant leur dû. Tantôt solvable ou insolvable, il emploie sa malignité à rendre inutile une saisie. Tantôt acculé à la ruine, il ne craint point de réduire encore son actif ou d'augmenter son passif. Tantôt, enfin, il dissimule quelque bien. Et de ces actes éminemment répréhensibles, l'on doit rapprocher d'autres actes qui ne dénotent pas une volition malhonnête, mais qui sont l'effet de la faute grave, de l'insouciance exagérée, de la témérité excessive du débiteur.

Nous avons indiqué dans un chapitre précédent, les vices de la loi civile et son impuissance à cet égard. Et par cette critique, nous avons été nécessairement amenés à marquer déjà quelque peu la direction du chemin sur lequel il convenait de chercher les remèdes, en supposant rejetée l'idée de l'extension de la faillite commerciale. Il s'agit donc ici de préciser et de parfaire notre pensée.

Le législateur, dans le cadre du Droit commun de l'exécution forcée, prendra d'une part des mesures préventives civiles et pénales, et, d'autre part, grâce à un perfectionnement de l'action paulienne, il facilitera la réparation du préjudice causé aux créanciers par les actes juridiques du débiteur insolvable.

1. — Nous n'avons pas à revenir sur les avantages particuliers à notre présente matière de la réforme

proposée touchant l'hypothèque judiciaire et l'indisponibilité de la saisie immobilière. Les créanciers ne sauraient obtenir sur les immeubles une meilleure assurance contre les fraudes ou l'impéritie du débiteur. Quant aux meubles, la loi nouvelle décidera d'abord qu'une autorisation du juge pourra permettre la saisie-exécution sans commandement préalable. Et elle annulera de plein droit les actes par lesquels le saisi aliénerait les effets où la créance saisis, non seulement au détriment des saisissants, mais encore au préjudice de tous les créanciers qui auront ultérieurement produit à la distribution des deniers. Ainsi, la créance saisie-arrêtée sera frappée d'une indisponibilité temporaire totale et absolue dès le jour de la signification de l'exploit au tiers saisi.

2. — Passons aux mesures répressives ; ici, la loi pénale doit s'efforcer d'intimider utilement les débiteurs.

Comment agir sur l'esprit des récalcitrants ? On ne sait pas lorsqu'ils refusent de payer quel est l'état de leurs affaires. Il ne faut, d'ailleurs, inciter au payement que les obligés dont l'actif surpasse largement le passif et qui ont eu le temps de se procurer par emprunts ou ventes les sommes liquides nécessaires. Remplira ces conditions le texte frappant le débiteur d'une amende égale au double du montant de ses obligations non acquittées volontairement, mais échues trois mois au moins avant les premiers actes d'exécution forcée auxquels son refus a donné ouverture, lorsque les saisies ont abouti au payement intégral de toutes ses obligations exigibles et des frais.

Le débiteur échappe à la condamnation s'il démon-

tre que son actif valait au plus les quinze douzièmes de son passif échu et à terme[1]. Des experts estiment les biens non saisis qu'il déclare. Il peut faire opposition à l'expertise et demander, *ad probationem*, leur vente aux enchères publiques.

Mais la condamnation pourrait léser les créanciers à terme si son exécution entraînait l'insolvabilité de l'obligé. Aussi une portion de l'amende, égale aux productions de ces créanciers, est mise en réserve pour servir à les désintéresser dans le cas où à l'échéance de leurs droits l'actif du débiteur ne suffirait pas à les satisfaire.

Dans une autre ordre d'idées et par extension du principe de la banqueroute qui est parfaitement dissociable de la notion de faillite comme nous l'avons montré, le législateur édictera de nouvelles dispositions pénales frappant les obligés de mauvaise foi. Seront punis d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, le débiteur non-commerçant dont l'insolvabilité aura été révélée par la discussion du patrimoine et qui se trouvera dans l'un des cas suivants : 1° Si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ; 2° s'il a consommé de fortes sommes à des opérations de pur hasard ; 3° si, connaissant l'état de ses affaires, il s'est livré à des emprunts ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds ; 4° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables

(1) De la sorte la loi n'inciterait pas le débiteur en état de payer ses créanciers de dettes échues à le faire au détriment de ses créanciers à terme. Le passif échu et à terme est connu par les inscriptions à l'Office central des créances.

eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés et s'il a agi avec la connaissance de l'état de ses affaires; 5° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif ou si, par des actes publics ou des engagements sous signatures privées, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas[1].

Seront condamnés aux mêmes peines : 1° Les individus convaincus d'avoir, dans l'intérêt du débiteur non-commerçant reconnu insolvable, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, meubles ou immeubles ; le tout sans préjudice des autres cas prévus par l'article 60 du Code pénal ; 2° les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté au cours de la discussion du patrimoine, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées ; 3° le conjoint, les descendants ou les ascendants du débiteur ou ses alliés aux mêmes degrés qui auront détourné, diverti ou recelé des effets appartenant à son actif saisissable, sans avoir agi de complicité avec le débiteur[2].

Dans les cas prévus ci-dessus, le tribunal saisi statuera lors même qu'il y aurait acquittement : 1° d'office sur la restitution aux créanciers de tous biens, droits et actions fruduleusement soustraits ; 2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement arbitrera[3].

3. — Restent à préciser les principes d'une réforme réorganisant l'action paulienne et la révoca-

(1) Cf. art. 585, 586, 591, C. com. Nous ne distinguons pas entre la condamnation obligatoire et la condamnation facultative, ni entre la « banqueroute civile » simple et la banqueroute frauduleuse.

(2) Cf. art. 593 et 594 C. com.

(3) Cf. art. 595 C. com.

tion réparatrice des actes passés par le débiteur au préjudice de ses créanciers.

Voici une première règle, elle a trait à la nécessité d'organiser en la matière l'égalité entre tous les intéressés. L'action paulienne demeure individuelle, car elle tend en définitive au versement d'une indemnité dont on ne peut connaître le montant que par les demandes des créanciers. En conséquence, le jugement profitera seulement à ceux qui auront été partie à l'instance. Mais le créancier qui a pris l'initiative de la poursuite devra à peine de nullité de la procédure, avertir par lettre recommandée les autres créanciers[1] dans les trois jours de l'assignation, de telle manière qu'ils puissent intervenir utilement. Et l'action sera collective en ce sens que l'avoué du créancier le plus diligent occupera pour tous les demandeurs.

Ceux-ci feront la preuve de l'antériorité de leurs droits par rapport à l'acte attaqué ; les créanciers postérieurs n'ont subi, en effet, aucun préjudice. Mais cette solution n'est pas nouvelle ; elle découle des règles adoptées aujourd'hui par la jurisprudence à la suite de l'Ancien Droit. Nous nous bornerons à indiquer ce par quoi le système proposé diffère du régime traditionnel.

La fraude du débiteur, c'est-à-dire la conscience qu'il a du préjudice, est toujours présumée.

D'où il suit que les actes à titre gratuit qui ont créé ou aggravé l'insolvabilité sont révoqués sans que les demandeurs aient d'autre preuve à fournir. Néanmoins les tiers acquéreurs ne restituent que dans la mesure de leur enrichissement au temps de l'action,

(1) L'avoué du poursuivant demandera un état des inscriptions prises à l'Office central.

sauf le cas où les créanciers établiraient le *consilium fraudis* du donataire : celui-ci est en faute et doit complète réparation.

Quant aux actes à titre onéreux, le principe demeure que la révocation atteint seulement les tiers ayant eu connaissance du préjudice. Mais, lorsque au temps de l'opération la prestation fournie par le débiteur insolvable a été au moins le double de celle fournie par le défendeur, l'acte est considéré pour partie, de plein droit, comme une donation.

Ces dispositions s'appliquent à l'appauvrissement résultant de dettes nouvelles. Elles ne concernent pas les payements.

La constitution de dot revêt en matière d'action paulienne le caractère d'un acte à titre gratuit ; néanmoins lorsque, soit l'époux doté, soit son conjoint, rapporte la preuve de sa propre bonne foi, le donataire ne restituera que les trois quarts de la valeur actuelle des biens constitués en dot[1].

SECTION II.

Les inconvénients et les dangers de l'organisation d'une faillite civile.

Si le problème de la faillite civile est identiquement celui de l'organisation de l'égalité entre les créanciers et celui du renforcement de leurs droits à l'encontre

(1) Si la solution proposée au texte n'est point très juridique, du moins a-t-elle le mérite de concilier les arguments de la doctrine, qui voit dans la constitution de dot un acte à titre gratuit, et les considérations qui ont conduit la jurisprudence à l'assimiler à un acte à titre onéreux dans l'intérêt des jeunes époux de bonne foi qui ont compté sur la dot pour contracter mariage (Cass. Req., 16 nov. 1910, D. 1911. 1. 500, S. 1912. 1. 101 ; Cass. civ., 18 janv. 1887, D. 87. 1. 287, S. 87. 1. 97, note de M. Labbé ; Cass. civ., 18 déc. 1895, D. 98. 1. 193, note de M. Sarrut, S. 96. 1. 72).

du débiteur ; si ce problème législatif ne fait qu'un avec celui de la réforme des procédures d'exécution sur les non-commerçants et plus généralement de l'aménagement de la sanction civile dont est munie l'obligation chirographaire de somme d'argent, il semble bien que notre tâche soit achevée. Nous avons montré, en effet, que la loi pouvait sans difficulté atteindre le double résultat, auquel les partisans d'une faillite civile voudraient qu'elle parvienne, autrement que par le moyen qu'ils préconisent et bien par une simple refonte des règles qui régissent aujourd'hui les obligés qui ne sont pas et ne pourraient être réputés négociants.

Mais nous avons annoncé que nous entendions compléter notre démonstration en établissant que le système auquel nous nous sommes arrêtés apparaît préférable à l'extension de la faillite aux débiteurs ordinaires. Toutefois la place de cette dernière étude, qui est déjà une conclusion, et le procédé de raisonnement que nous mettons ici en œuvre nous dispensera de longs développements.

Au surplus, il s'agira à cette occasion seulement de la faillite civile rationnelle que nous avons construite pièce à pièce afin de poser dans son énoncé le plus général le problème qui nous occupe. La critique des systèmes de déconfiture organisée, dont le type est celui de la proposition Bender, a fait l'objet de nos premières recherches. Nous avons repoussé ces projets avec des arguments *à priori* qui suffisent, croyons-nous, à leur condamnation et sur lesquels par conséquent il n'est pas besoin de revenir.

Nous montrerons les dangers et les inconvénients d'une faillite civile en envisageant successivement,

d'abord ses effets à l'égard des débiteurs récalcitrants, ensuite ses conséquences quant au jeu de la règle d'égalité intégrale.

§. I. — *La faillite civile et les débiteurs récalcitrants.*

1. — On le sait, la cause légale d'ouverture d'une faillite civile serait nécessairement, à notre sens, le fait que le débiteur mis en demeure de payer, par un ou plusieurs créanciers de dettes échues, certaines et liquides, n'aurait pas exécuté la totalité de ces obligations avant l'expiration d'un délai fixé arbitrairement par la loi.

Si la procédure de liquidation générale est rigoureuse à son encontre, on peut être certain qu'il s'emploiera à y échapper : la menace de la faillite, *lorsqu'elle est dotée d'une puissance comminatoire*, agit énergiquement sur l'esprit des obligés récalcitrants et vainc leur résistance sans l'intervention du juge. Tel est, avons-nous dit, le secret du mécanisme d'ouverture de la faillite commerciale ; telle est la raison pour laquelle la cessation des payements y est en fait le signe tangible le plus certain de l'insolvabilité.

Par la création d'une faillite civile construite sur cette base, on tend à donner aux créanciers des non-commerçants le même moyen de contrainte très efficace que les créanciers des commerçants trouvent dans la simple existence au Code de commerce des articles 437 et suivants. Mais la condition essentielle d'un pareil et précieux avantage réside évidemment dans la possibilité de munir la menace de la procédure collective civile que l'on propose, d'une vertu coercitive suffisante, pratique, universelle. La question est

donc de savoir s'il est au pouvoir du législateur de construire un système acceptable qui satisfasse à cette triple condition.

Nous n'hésiterons pas à répondre par la négative.

2. — On l'a vu en effet, la faillite commerciale porte en soi le principe qui la rend particulièrement redoutable aux yeux des négociants sans le secours d'une disposition légale spéciale. En effet la procédure de l'union avec la vente de tous les biens, y compris le fonds de commerce, a un caractère catastrophique pour le commerçant : elle lui enlève plus que son actif, elle l'atteint non seulement dans le présent mais encore dans l'avenir, elle détruit sa situation professionnelle, elle le prive de ce qui était jusque là son gagne-pain. C'est pourquoi il fera face à ses échéances dans la pleine mesure de ses moyens, aussi longtemps qu'il tirera des bénéfices de son fonds de commeree ou n'aura pas renoncé à l'espoir d'en tirer bientôt à nouveau. Si l'Etat révoquait automatiquement ses commis qui ne payent pas leurs dettes privées, il n'y aurait plus jamais parmi eux de débiteurs récalcitrants.

Mais il faut bien le dire : la menace d'une faillite civile organisée à la manière de la faillite commerciale n'aurait pas la même vertu comminatoire naturelle à l'égard de la totalité des débiteurs. Dotée par essence d'un pouvoir coercitif extrêmement puissant à l'encontre des agriculteurs propriétaires des champs qu'ils exploitent et de leurs instruments de travail, elle serait manifestement inopérante sur la volonté récalcitrante de la plupart des autres obligés du Droit commun. La perspective d'une vente de

l'ensemble de leurs biens présents n'effraye point, au même degré que le commerçant, l'employé ou le débiteur exerçant une profession libérale. Bien mieux, l'obligé déclaré failli, jouit au moins en fait, après la clôture de l'union, d'un certain répit ; ne verrait-on pas, comme en Suisse, les salariés se précipiter au devant de la voie collective : ils redoutent la saisie-arrêt plus que la faillite.

Ces principes que nous avions d'ailleurs antérieurement dégagés[1], mais qu'il convenait de rappeler avec quelques développements, nous conduisent à la conclusion suivante : *si l'on entend par la création de la faillite civile vaincre la résistance des débiteurs récalcitrants, il faut munir cette procédure d'une vertu comminatoire artificielle, car celle qu'elle possède naturellement ne suffit pas : elle n'est pas universelle.*

3. — L'idée qui vient alors à l'esprit est que la solution consiste dans l'aggravation à l'encontre des obligés non-commerçants, des effets personnels de la faillite commerciale. La loi civile frapperait de déchéances et d'incapacités plus considérables les débiteurs qu'elle régirait ; elle devrait même aller très loin dans cette voie, car on peut, à bon droit, douter de l'action coercitive d'une faillite n'entraînant que la perte des droits civiques et politiques.

Mais l'opinion n'admettra jamais une pareille solution. Les non-commerçants ne sauraient être traités avec plus de rigueur que les négociants ; ils méritent même la faveur de la loi, car leur ruine n'a

(1) P. 140 et suiv. Il s'agissait alors de montrer la nécessité d'une voie collective rigoureuse pour que celle-ci soit exclusivement une procédure d'insolvabilité.

pas les répercussions économiques et sociales qu'entraîne la cessation des payements de la part des commerçants.

Et d'ailleurs l'on remarquera bien que cette sévérité, qu'il faudrait introduire dans la faillite civile pour que la menace d'une telle procédure incite toujours les débiteurs solvables à payer leurs créanciers, atteindra seulement en fait les obligés insolvables, tandis que les premiers y échapperont en acquittant leur dettes pour éviter le jugement déclaratif. Assurément le résultat que l'on recherche est atteint, mais c'est au prix d'une injustice si flagrante que nous nous repoussons le système sans aller plus avant dans son examen.

Le rétablissement de la contrainte par corps et son organisation comme épreuve de solvabilité antérieurement à l'ouverture de la faillite civile n'aurait point semble-t-il cet inconvénient. Le débiteur menacé de la prison pour dettes, parce qu'il ne satisfait pas ses créanciers, ou effectivement incarcéré, conserve ou recouvre la liberté en sollicitant la mise en œuvre de la voie collective sur ses biens. La contrainte par corps s'appliquerait donc, dans la réalité des choses, aux seuls obligés particulièrement récalcitrants, à ceux, solvables ou insolvables, qui entendent résister de parti pris, ne voulant ni payer, ni demander au tribunal déclaration de leur faillite. De tels individus ne méritent point de ménagements.

Mais nos mœurs et nos conceptions contemporaines sont rebelles au rétablissement de la contrainte par corps. Ce n'est pas 1867 qu'elle a disparu de nos lois civiles, mais bien deux siècles plus tôt ; le Code civil avait reproduit en la matière les dispositions de l'or-

donnance de 1667, qui limitait à des hypothèses tout à fait exceptionnelles l'emploi de cette voie coercitive.

Et au demeurant, il faut se garder de toute illusion sur sa valeur. Il est des débiteurs qui préfèrent la prison à l'acquittement de leurs dettes. La contrainte par corps coûte cher aux créanciers, plus cher que la saisie. Lorsque l'obligé a des biens, il vaut mieux employer les voies ordinaires d'exécution, par lesquelles les ayants-droit parviennent directement à leur payement. Reste le cas où le débiteur dissimule. De deux choses l'une : ou bien la certitude est acquise de la dissimulation, alors la meilleure solution consiste à reconnaître légalement son auteur coupable d'un délit ; ou bien la dissimulation, si elle existe, a été adroitement faite et l'obligé *apparaît* dénué de toutes ressources, alors l'emprisonnement semble une cruauté inutile que le doute des créanciers ne légitimera jamais auprès de l'opinion publique, et d'autre part, l'exercice de la contrainte par corps rencontrera toujours des débiteurs qui préfèrent leur argent mis en lieu sûr à la perte temporaire de la liberté et qui comptent non sans raison sur la prompte lassitude des créanciers qui les harcèlent.

Au surplus, envisagée sous cette forme rationnelle et comme moyen de faire apparaître les biens cachés après la liquidation des valeurs connues, la contrainte par corps cesse d'être une procédure qui, servant d'épreuve de solvabilité, serait liée à la voie de faillite proprement dite pour en former le préliminaire obligé. L'emprisonnement pour dettes, ainsi conçu, devient alors une institution indépendante : le législateur pourrait tout aussi bien la mettre à la disposition des créanciers ayant épuisé par des saisies

individuelles l'actif apparent de leur débiteur [1]. Et tandis que par un pareil système nous sortons du problème général de la lutte contre la mauvaise volonté des obligés non-commerçants, pour chercher seulement le moyen d'atteindre les effets qu'ils dissimulent, nous abandonnons aussi, même sur ce point particulier, la solution qui consisterait à créer une faillite civile.

Concluons donc que, pour vaincre la résistance des débiteurs récalcitrants du Droit commun, il ne faut point songer à l'extension des règles essentielles des articles 437 et suiv., C. com. Il suffit, et il est préférable, de frapper d'une peine d'emprisonnement le non-commerçant, qui a frustré ses créanciers, en dissimulant tout ou partie de son actif saisissable, et de condamner, à une amende proportionnée au passif laissé volontairement en souffrance, celui dont la discussion du patrimoine aura révélé la capacité de payer. Est-il un meilleur moyen juridique et pratique de forcer à l'exécution ce dernier débiteur simplement récalcitrant, que le procédé par lequel on le menace de lui ravir, bien au delà de ce qui assurerait sa libération parfaite, l'argent même dont il ne veut point se dépouiller ?

§. II. — *La faillite civile et le principe d'égalité.*

La vertu comminatoire naturelle que possède la menace de la faillite civile n'est donc pas universelle : son action ne se fait sentir que sur certains débiteurs, à l'égard des autres elle apparaît insuffisante et il

(1) M. de Bièville (thèse Paris, 1904, précitée) propose de rétablir la contrainte par corps, pour n'en permettre l'usage aux créanciers qu'après la saisie parachevée de tous les biens connus.

n'existe pas de système pratique qui la renforcerait utilement.

Il n'en reste pas moins qu'une procédure de liquidation collective aurait un pouvoir coercitif extrêmement puissant à l'égard de ceux, parmi les non-commerçants, qu'elle risquerait d'atteindre dans leurs intérêts professionnels, en particulier à l'égard des propriétaires exploitants[1].

C'est là une fraction très importante du groupe des obligés régis par la loi civile. L'institution d'une faillite par essence très rigoureuse à leur encontre, emporterait cet heureux effet de vaincre, à l'avance et sans l'intervention du juge, leur résistance injustifiée.

Mais nous savons aussi quels inconvénients accompagneraient cet avantage. Entre les mains d'un créancier diligent la menace de la faillite joue le rôle d'une voie individuelle d'exécution : pour tenter d'échapper au jugement déclaratif et à l'union, le débiteur déjà irrémédiablement insolvable, mais confiant dans l'avenir, emploie ce qu'il détient encore d'actif disponible à l'acquittement de ses obligations échues dont le payement lui est réclamé. Il s'ensuit que la liquidation égalitaire mise en action par l'ouverture de la faillite ne touche qu'une portion généralement infime des biens que le débiteur possédait le jour où le déséquilibre a commencé dans son patrimoine : une distribution anti-égalitaire par rang d'échéance ou de demande de payement a précédé s'étendant sur plusieurs

(1) En effet, par une simple demande en justice, le créancier peut obtenir très rapidement un jugement déclaratif qui de plein droit et sans formalités nouvelles dépossède instantanément le débiteur de tous ses biens, notamment, s'il est agriculteur, de toutes ses terres et de tous ses instruments de travail.

mois, la distribution au marc le franc entre les seuls créanciers de l'union.

La faillite à l'état de menace bat en brèche la règle de répartition proportionnelle. Or, le phénomène, que nous avons décrit en Droit commercial, se produirait avec plus d'acuité encore en Droit civil à l'égard surtout des agriculteurs propriétaires.

Les débiteurs non-commerçants n'ont-ils pas déjà l'habitude de prendre sur leur patrimoine depuis longtemps déficitaire de quoi payer les créanciers qui réclament leur dû, afin d'atteindre des jours meilleurs ?

Les échéances ne sont, ici, ni nombreuses, ni rapprochées, ni définies ; l'avenir semble appartenir à l'obligé aux abois qui, grâce à un acompte où la dation d'une sûreté, obtient des délais pour s'exécuter. La nature des créances civiles porte le débiteur à vivre au jour le jour, en vendant quelque bien ou en empruntant sur hypothèque en vue d'éteindre une obligation présentement exigée, sans songer à l'acquittement d'une dette plus importante mais à terme éloigné.

Que serait-ce si la perspective d'un jugement déclaratif particulièrement redoutable le poussait à ne pas laisser de passif échu en souffrance ! Quels efforts ne ferait-il pas pour empêcher la réalisation immédiate de la condition légale d'ouverture de la voie collective et pour gagner du temps ! Par exemple, il a trois créanciers dont deux pour dettes échues ; un seul le presse de payer, l'autre moyennant un simple acompte accordera un délai ; comment ne sera-t-il pas incité, si le délai promis est long et si le terme de la dette non exigible n'est point tout près d'arriver, à utiliser toute la valeur de son actif pour désintéresser le créancier

qui le harcèle et pour verser l'acompte demandé ? Il échappera ainsi à la faillite et bénéficiera d'un répit lui laissant l'espoir d'un retour à une meilleure fortune. Mais généralement son effort aura été inutile ; alors dans la liquidation collective, en face d'un passif chirographaire considérable se trouvera un actif nul, et en définitive, tandis que le créancier de dette échue exigeant aura reçu l'intégralité de son dû, et le créancier accommodant un dividende, le créancier à terme ne touchera rien.

Ne voit-on pas, pratiquement, l'agriculteur propriétaire, déjà insolvable, vendre à vil prix ses récoltes ou son bétail à l'engrais, donner en gage ses machines, hypothéquer enfin parcelle par parcelle sa terre bien-aimée, pour trouver l'argent nécessaire aux payements successifs, qui lui sont demandés chaque fois sous la menace d'une assignation en déclaration de faillite qui lui ravirait immédiatement toute son exploitation ?

Ne voit-on pas en conséquence que l'effet le plus direct de l'introduction en Droit civil d'une procédure d'exécution à liquidation collective, loin d'être l'institution de l'égalité forcée entre les divers créanciers de l'insolvable, serait bien une singulière aggravation du privilège de fait attaché aujourd'hui à la diligence[1], et aurait un résultat exactement contraire à celui qui était recherché.

(1) Il en serait ainsi, remarquons-le, même dans un système de *déconfiture organisée*. La faillite s'ouvre alors à la constatation judiciaire des signes externes de l'insolvabilité, pratiquement la multiplicité des saisies déficitaires. Sans doute, dans ces conditions, la perspective de la faillite et de l'union n'influe pas sur l'esprit du débiteur dès la première échéance; celui-ci ne craint rien aussi longtemps que les poursuites dirigées contre lui ne sont pas assez nombreuses pour « révéler son insolvabilité » et le rendre passible de la voie collective. Mais la peur du jugement déclaratif agira à partir de l'instant où il va devenir possible. Effrayé, le débiteur payera désormais pour éviter de nouvelles poursui-

Il est vrai, nous avons, au cours de notre étude sur le mécanisme et la nature de la faillite commerciale, exposé un système législatif susceptible de corriger les fâcheux inconvénients de la vertu comminatoire dont est naturellement dotée la perspective du jugement déclaratif. La loi imposerait aux créanciers de lourds sacrifices pécuniaires de façon à laisser à l'insolvable une portion d'actif franc et quitte, lorsqu'il aurait lui-même sollicité l'ouverture de la procédure collective et égalitaire dans les premiers temps de son insolvabilité[1]. Mais peut-on sous le Droit commun exiger des intéressés qu'ils achètent à leur débiteur le dépôt de son bilan ? La plupart des auteurs qui proposent l'organisation d'une faillite civile se déclarent des adversaires résolus du concordat : le non-commerçant, dont le patrimoine ne risque pas de subir de brusques variations fortuites, est rarement la victime des évènements ; son insolvabilité est très fréquemment le produit de son insouciance ou de sa faute ; il ne mérite donc pas la faveur dont bénéficie le négociant. Que dire alors d'un concordat non plus facultatif mais obligatoire quel que soit l'opinion de la majorité des créanciers et toujours très avantageux ? Que ne doit-on pas penser à plus forte raison, d'une solution qui soustrairait définitivement des biens à partager une importante portion de l'actif, pour la laisser aux mains du débiteur ? Il est trop facile de montrer combien immorale serait la loi qui

---

tes ou saisies, au moyen du prix de la vente amiable d'un élément de son actif déjà déficitaire ou grâce à un emprunt hypothécaire ou sur gage. Entre les mains du créancier exigeant la menace de la « déconfiture organisée », comme de toute faillite, produit donc les effets d'une procédure individuelle d'exécution.

(1) Voy, supra p. 192 et suiv.

permettrait aux obligés de faire argent de leur insolvabilité ; s'il apparaissait nécessaire d'aboutir à un tel résultat pour doter d'une sanction meilleure la règle d'égalité, il est bien certain qu'en matière civile tout au moins le principe de la distribution proportionnelle devrait céder le pas au principe de convenances et de moralité.

D'autre part, appliqué aux non-commerçants, le système législatif que nous combattons engendrerait toutes sortes de fraudes et inciterait à la dissimulation. Que l'on n'oublie pas en effet que le pouvoir comminatoire naturel de la liquidation collective n'est pas universel : il y a des débiteurs qu'il n'atteint pas. Ne les verrait-on pas souvent, solvables et en parfait état de payer, venir déclarer mensongèrement leur pénurie et solliciter le bénéfice de la procédure de grande faveur : ils auraient au préalable dissimulé une partie de leur biens de telle sorte que leur actif apparaisse déficitaire ; n'étant point obligés de tenir des livres ni de dresser des inventaires périodiques, rien ne signalerait leur mauvaise foi aux regards des juges et des créanciers. La perspective de tels abus suffit à la condamnation du système : la faillite civile devrait être nécessairement dépourvue d'une institution annexe très favorable aux débiteurs de bonne foi et destinée à faciliter le jeu de la règle d'égalité.

Or, en l'absence d'une pareille procédure parallèle de liquidation, il faut craindre que plus de la moitié[1] des faillites civiles ouvertes contre les débiteurs qui redoutent un jugement déclaratif, ne se soient aussi-

(1) V. supra p. 175 et suiv.

tôt clôturées pour cause d'insuffisance d'actif. Qu'est-ce à dire en ces circonstances, si ce n'est qu'une fois sur deux, pour le moins, la distribution par privilège de diligence se substituerait entièrement à la distribution proportionnelle que l'on entend instaurer ?

Ici encore par conséquent, la simple réforme des procédures ordinaires d'exécution apparaît bien préférable. C'est notamment en faisant de l'hypothèque judiciaire elle-même l'instrument de la règle d'égalité que la loi parviendra, sans bouleverser l'économie de notre Droit commun, à interdire la « course » entre les créanciers chirographaires sur le patrimoine de leur débiteur. Les solutions législatives que nous avons antérieurement décrites et proposées sont à notre sens, non seulement les plus simples, mais aussi les meilleures. Pour pallier les nombreux inconvénients du régime actuel, il est inutile et il serait au surplus dangereux de soumettre à la faillite les obligés non-commerçants.

CONCLUSION

Il y aura quelque utilité peut-être, arrivés au terme de ce travail, dont nul mieux que nous ne connaît les lacunes, à jeter les yeux en arrière pour lier en un faisceau les quelques idées essentielles que nous y avons défendues.

1. — En proposant la création d'une faillite civile, les auteurs français entendent assurer la distribution égalitaire des patrimoines insolvables, entre les créanciers chirographaires des non-commerçants. Le Problème législatif dit de la faillite civile est donc, avant tout, celui de l'organisation de l'égalité forcée, lorsque le passif de l'obligé vient à dépasser son actif. L'introduction de la voie collective dans le Droit commun apparaît ainsi comme une solution possible de ce problème ; il n'est point démontré *a priori* qu'elle soit la seule qui mérite examen.

Mais par le fait même que la réforme envisagée par les auteurs emprunterait au Droit commercial au moins quelques unes de ses règles les plus caractéristiques, elle tendrait à rapprocher du statut des négo-

ciants, le régime des autres personnes juridiques. De la sorte, la question revêt une forme nouvelle ; elle appartient, par un certain côté, au problème plus général de l'extension du Droit commercial, qui lui-même peut être résolu par étapes, au moyen d'élargissements successifs de la notion de commerçant.

D'autre part, l'étude de la faillite commerciale, à laquelle, sous réserve des aménagements utiles, les auteurs voudraient assujettir les débiteurs ordinaires, révèle sa véritable nature juridique et marque sa place exacte dans le corps de nos institutions. Y jouant un triple rôle — faire payer les récalcitrants par l'effet de la vertu comminatoire naturellement incorporée à la menace du jugement déclaratif, distribuer les actifs déficitaires, réprimer civilement et pénalement la fraude et la mauvaise foi, grâce au système des banqueroutes — la faillite se signale à l'attention du juriste, non point comme une simple voie de liquidation des patrimoines reconnus insolvables, mais bien comme une procédure d'exécution complète, autonome, applicable à toutes les hypothèses de non-payements et dont le champ naturel est aussi vaste que celui de la saisie.

Or, il se trouve précisément que les voies ordinaires d'exécution encourent le reproche de favoriser la résistance injustifiée, la fraude et la mauvaise foi. L'institution d'une faillite civile ayant le même domaine que la faillite commerciale comblerait évidemment cette lacune. D'où il suit que le problème général qui nous occupe est non seulement celui de l'organisation de l'égalité forcée au cas où le passif surpasse l'actif dans le patrimoine obligé, mais encore celui du renforcement des droits des créanciers à l'encontre des non-

commerçants solvables récalcitrants et à l'égard de tout débiteur malhonnête : en un mot le problème de la réforme de la sanction que le Droit civil attache à l'obligation chirographaire. Ici encore, l'extension de la voie collective à la loi commune constitue une solution possible ; elle n'est pas nécessairement la seule.

Et de cet énoncé rationnel découle une autre conséquence : c'est restreindre considérablement la question que de proposer pour la résoudre une procédure de distribution totale et égalitaire dont la cause d'ouverture légale serait la preuve en justice de l'insolvabilité. D'ailleurs, un pareil système qu'aucune législation étrangère n'a encore adopté, n'apparaît point viable ; il n'y a pas dans la déconfiture moderne l'étoffe d'une grande institution ; l'infériorité de l'actif est un fait essentiellement secret : lorsqu'elle se manifeste au dehors par quelque signe tangible réellement non équivoque, il est trop tard, en général, pour espérer trouver dans le patrimoine une valeur sur laquelle il soit pratiquement intéressant et utile d'appliquer la règle d'égalité.

Mais lorsque le débiteur a cessé de vivre, le problème de la faillite civile, qui prend le nom de problème de la faillite successorale et n'est plus étranger au Droit commercial, doit être tout entier enfermé dans le domaine de l'insolvabilité et constitue un problème à part. Alors il ne s'agit plus de contraindre ni de réprimer. Il suffit de liquider, en respectant le principe du dividende, toutes les fois que l'hérédité apparaît obérée d'après l'inventaire et l'attitude du

successeur ; mais il faut prévoir par ailleurs des mesures législatives propres à empêcher la confusion de droit et de fait de la masse successorale avec le patrimoine d'un héritier insolvable acceptant.

2. — Le problème ainsi construit dans ses trois formules devait être résolu. Nous avons proposé trois groupes de réformes.

Il nous a paru d'abord nécessaire d'étendre l'application de la loi commerciale dans son ensemble à certaines catégories de non-commercants, tels les gros agriculteurs, les marchands de biens, les sociétés, les grandes associations. Aussi bien la question de la faillite civile s'est-elle trouvée résolue à l'égard des personnes que les auteurs prennent le plus souvent comme exemples au cours de leur raisonnement parce que ce sont celles qui ont le plus généralement un nombre important de créanciers.

Nous avons d'autre part demandé le perfectionnnement des règles de fond et de procédure, qui gouvernent le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines.

Quant à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le régime envisagé écarte absolument l'idée de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, charge celui-ci de la liquidation collective et égalitaire et présente sous un nom différent le caractère d'une véritable faillite civile mais sans jugement déclaratif et en principe sans syndic.

Quant à l'acceptation pure et simple — pour prémunir les créanciers de la succession contre l'insolvabilité de l'héritier et leur donner les avantages d'une

distribution égalitaire dans le cas où l'hoirie est elle-même insolvable — il ne nous a pas semblé utile d'organiser une faillite successorale, qui s'ouvrirait à la demande des intéressés lorsqu'il existe des raisons sérieuses de craindre que leur payement ne soit compromis par la situation de fortune de l'héritier. C'est qu'en effet un pareil système n'empêche point la confusion matérielle des patrimoines dans le temps qui suit le décès ; il nécessite de la part des créanciers ou des légataires la production en justice d'une preuve trop souvent impossible à fournir ; il n'oblige pas les plus diligents à le mettre en action au lieu de recevoir ou d'exiger leur payement. Nous avons cru bien préférable de perfectionner et de renforcer sur les biens naturellement individualisés de l'hoirie, le privilège collectif de la séparation des patrimoines attaché de plein droit à la nature même de la créance successorale. Au surplus l'héritier, en toute hypothèse, ne pourra disposer d'aucun des autres biens du défunt sans que par une procédure très simple de sommations publiques, les créanciers et les légataires, avertis par une publication du décès, aient été mis en demeure de repousser la confusion juridique et matérielle des deux masses. Et les distributions seront nécessairement égalitaires, puisque tous ceux qui ont droit à y venir auront été convoqués.

Nous attachant enfin à la recherche de la solution législative du problème de la faillite civile proprement dite, nous avons repoussé la création d'une voie collective de Droit commun. Les non-commerçants ne forment pas un groupe homogène. A l'égard des uns, comme les agriculteurs, la faillite n'assurerait pas la distribution proportionnelle de l'actif,

parce que, très dure pour eux, elle jouerait, à l'état de menace et entre les mains du créancier diligent, le rôle d'une voie d'exécution strictement individuelle. A l'égard des autres, les salariés par exemple, elle serait bien égalitaire mais pratiquement inutile et ne fournirait point le moyen de vaincre leur résistance injustifiée.

Par contre, nous avons montré qu'il était possible de purger de tous ses vices la sanction civile de l'obligation chirographaire et qu'en d'autres termes le régime actuel de l'exécution forcée ordinaire se prêtait admirablement à un remaniement compatible avec ses principes fondamentaux. La loi renforcerait l'action paulienne et frapperait pénalement les débiteurs récalcitrants ou malhonnêtes. L'hypothèque judiciaire transformée et combinée avec l'indisponibilité de la saisie immobilière deviendrait l'instrument de la règle du dividende sans cesser de prémunir ses titulaires contre les dettes nouvelles et les aliénations. Les saisies resteraient individuelles quant aux biens, mais par l'effet d'une publication efficace, elles mériteraient désormais l'appellation de procédures collectives quant aux créanciers. Enfin le législateur, se préoccupant des dettes à terme, organiserait, parallèlement aux distributions pour dettes échues, des distributions faites sur le papier qui tiendraient compte de la totalité du passif et vaudraient dans l'hypothèse où la discussion parachevée du patrimoine viendrait à démontrer l'insolvabilité du débiteur ; alors les créanciers de sommes échues rapporteraient, au profit des autres, ce qu'ils auraient perçu, dans chaque saisie, au-delà de leur part définitive préalablement calculée.

3. — Et voici qu'un pareil système juridique nous ramène aux conceptions de l'ancien Droit et à la déconfiture coutumière fondée sur cette idée que l'insolvabilité reste habituellement un fait secret jusqu'à l'achèvement de la discussion du patrimoine ou jusqu'à l'approche de ce moment. Nous allons donc chercher le principe de la réforme, non point dans le Droit étranger, mais dans notre ancienne législation.

La procédure d'exécution par saisie demeure le régime des non-commerçants, mais on l'organise de telle sorte que, si par hasard le débiteur a plus de dettes que de biens, son actif tout entier soit distribué selon la règle du dividende.

Par ailleurs en matière successorale, nous n'avons point proposé au législateur de faire œuvre toute nouvelle ; nous lui avons simplement demandé de perfectionner les systèmes de liquidation existants, en s'inspirant des tendances que notre jurisprudence à depuis longtemps affirmées. Enfin l'élargissement de la notion de commerçant par nous envisagé, loin de bouleverser les fondements de la distinction du Droit civil et du Droit commercial, s'appuie sur les motifs mêmes qui l'ont commandée dans l'esprit des rédacteurs de nos codes, et prétend seulement tenir compte des faits économiques contemporains.

Retour aux vieilles notions traditionnelles, évolution dans le cadre des institutions actuelles qui sont l'héritage du passé, telle est la tâche bien française que nous voudrions voir accomplir dans notre pays. Pour munir d'une sanction meilleure la règle d'égalité dans le Droit commun, pour y renforcer les droits des

créanciers chirographaires, en un mot pour apporter une solution au Problème dit de la faillite des non-commerçants, le législateur ne doit point puiser à des sources étrangères, car « les lois de la procédure civile sont entre toutes, celles qui reflètent avec le plus de fidélité le caractère et le génie d'un peuple »[1].

(1) Glasson, Lederlin et Dareste, introduction à leur traduction du *Code de Procédure civile allemand.*

Aix-en-Provence
Juin 1921 – Juin 1923.

Vu le Professeur
Président de la thèse :
Aix, le 7 juillet 1923
EDOUARD JOURDAN

Vu le Doyen
Aix, le 9 juillet 1923
F. MOREAU

Vu et permis d'imprimer :
Aix, le 10 juillet 1923
Le Recteur : J. PADÉ

BIBLIOGRAPHIE[1]

Allain. — De la déconfiture pendant la vie du débiteur, thèse Rennes, 1879.

Becqué. — Des effets de l'acceptation bénéficiaire en Droit français et comparé, thèse Montpellier, 1911.

Biéville (de). — Du rétablissement de la contrainte par corps, thèse Paris, 1904.

Bonnecase. — La faillite virtuelle et la notion juridique de la cessation des paiements (Annales de Droit commercial, 1910, p. 366 et suiv.).

Boresco. — La faillite de la succession en Droit comparé et principalement en Droit allemand, thèse Paris, 1912.

Brissaud. — De la déconfiture et des liquidations judiciaires (Rev. gén. de droit, 1882, p. 324 et suiv.).

Cazelles. — De l'idée de continuation de la personne, thèse Paris, 1905.

Challamel. — L'hypothèque judiciaire, 1881. — Rapport général (commission extra-parlementaire du cadastre), 1901.

Chavegrin (E). — Le bénéfice d'inventaire dans le Code civil suisse, thèse Paris, 1911.

Crémieu (Louis). — Rapport sur la question de la liquidation du passif héréditaire dans le Code civil fédéral suisse, (Société d'Etudes législatives, Bulletin, 1910, p. 58 et suiv.). — Rapport... dans le Code civil italien, (id., p. 64 et suiv.).

(1) Nous ne donnons pas ici la liste de tous les travaux consultés et cités ; nous indiquons seulement ceux dont la matière a, dans son ensemble, un rapport direct avec notre sujet.

Daniel. — De l'insolvabilité civile dans l'antiquité et les législations modernes, de l'organisation de la déconfiture en Droit français, discours de rentrée Montpellier, 1893.

Dreyfus (G.). — De l'exclusion des opératisns immobilères du domaine du Droit commercial, thèse Paris, 1905.

Ducos de la Haille. — Etude des origines historiques de la déconfiture et de ses effets dans les législations modernes, thèse Paris, 1894.

Dupin (A.). — De la faillite civile, thèse Grenoble, 1900.

Fournier Verneuil. — Dissertation sous : Bruxelles, 23 mars 1811, S. 1811. 2.273.

Garraud (René). — De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible, 1880.

Gauffre. — Tendance à l'unification du droit civil et du droit commercial, 1898.

Grasserie (de la). — Du passif successoral, 1896.

Jallu (Olivier). — Essai critique sur l'idée de continuation de la personne, thèse Paris, 1902.

Jan. — La faillite civile, thèse Paris, 1921.

Labbé. — Note sous : Cass.; 30 mars 1892, S. 92. 1.481.

Laurent. — Avant-projet de réforme du Code civil belge, (tome iv, 1884, titre iii).

Laurent (Ch.). — De la fusion du droit civil et du droit commercial, thèse Paris, 1903.

Legriel. — Etude sur la faillite civile (Journ. des Faillites, 1888, p. 46 et suiv.).

Léveillé. — De l'abolition de la contrainte par corps (Rev. prat. de droit français, 1866, p. 230 et suiv.).

Montluc (de). — De la déconfiture ou faillite des non-commerçants, thèse Paris, 1869.

Pannier. — Des conséquences juridiques de la déconfiture, thèse Paris, 1875.

Pascaud. — De la faillite et de la liquidation judiciaire des non-commerçants. (Rev. gén. de droit, 1893, p, 481 et suiv.).

Percerou, — Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires. 2 vol. dans le Traité général de Droit commercial de Thaller. (t 1, 1907, nos 137-143). — La liquidation du passif héréditaire en Droit français. (Rev. trim.

de droit civil, 1905, p. 535 et suiv.) — La liquidation du passif héréditaire en Droit comparé (id., p. 811 et suiv.). — Faillite et liquidation judiciaire après décès. (Journ. des Faillites, 1905, p. 415 et suiv.). — Rapport présenté au nom de la Commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le règlement du passif héréditaire (Société d'Etudes législatives, Bulletin 1910, p. 235 et suiv.).

Planiol. — Un effet oublié de l'acceptation bénéficiaire. (Rev. crit. ,1891, p. 486 et suiv). — Note sous: Cass., 30 mars 1892, D. 92. 1.281.

Saleilles. — Responsabilité de l'héritier en droit comparé (Société d'Etudes législatives, Bulletin 1911, p, 470 et suiv.).

Saint-Quentin (Louis). — La suppression de l'hypothèque judiciaire en Belgique et le projet de loi sur la réforme hypothécaire, thèse Paris, 1902.

Thaller. — Des faillites en droit comparé, 2 vol., 1887, (t. 1, chap. 1, p. 125 et suiv.). — Ce que c'est que la cessation des paiements dans la faillite. (Ann. droit com. 1897, p. 216 et suiv.).

Trancou. — De l'extension de la faillite aux non-commerçants, thèse Paris, 1918.

Valette. — De l'hypothèque judiciaire (Rev. de droit français et étranger, 1849, pp. 912-928; « Mélanges de Droit » publiés par Hérold et Lyon-Caen, I, p. 355 et suiv.). — Discours sur la suppression de l'hypothèque judiciaire, (Mélanges, II, p. 553 et suiv.).

Vareilles-Sommières. — L'hypothèque judiciaire, 1871.

Vivante. — Traité de droit commercial, édition française, Paris, 1910 (Introduction, et tome 1, appendice : la Faillite civile).

Wahl. — Préface du Traité de droit commercial de Vivante, édition française, Paris, 1910.

ERRATA

Lire :

Page 6, note 1 : Mélanges de droit, I, p. 355 et Mél., II, p. 553 ; note 5, ligne 1 : thèse Rennes. -- p. 7, l. 8 : considérée. -- p. 13 et 101, sommaires : tardiveté. -- p. 18, l. 16 : constitutifs. -- p. 19, l. 23 : postérieures, mais il n'en. -- p. 20, l. 13 : a. -- p. 21, l. 7 : l'insolvable reste ; n. 1, l. 2 : effets. -- p. 22, l. 14 : où. -- p. 23, n. 1, l. 23 : de les lier. -- p. 29, n. 1, l. 5 : a. -- p. 32, l. 18 : l'égalité; l. 19 : participés. -- p. 34, l. 19 : eût. -- p. 41, l. 17 : leurs ; l. 19 : concurremment. -- p. 49, l. 8 : l'on n'indiquait ; n. 1 l. 3 : n° 6 in fine. -- p. 53, n. 2, l. 3 : dérangées. -- p. 54, l. 15 : synallagmatique ; l. 27 : tenus. -- p. 55, n. 1, l. 40 : qu'il justifie.

P. 60, n. 1, l. 20 : ou ; l. 21 : tenue. -- p. 61, l. 5 : Le paragraphe. -- p. 62, n. 1, l. 4 : a. -- p. 63, l. 11 : pût ; n. 1, l. 13 : il ; l. 16 : déconfiture ; l. 19 : emploient. -- p. 67, l, 31 : saisi. -- p. 71, . 5 : Code ; il est exactement. -- p. 72. n. 1 : 4e éd. IV, p. 74, 5e éd. IV, p. 114. -- p. 73, n. 1, l. 5 : prouve ; n. 3, l. 1 : déléguant. -- p. 76, n. 1, l. 20 : conservatoires. -- p. 85, l, 5 : déduit. -- p. 86, l. 9: laissé grever ; l. 17 : eu égard. -- p. 89, l. 7 : rétroagit. -- p. 90, n. 1 : D. 92. -- p. 92, l. 11 : l'eût. -- p. 102, n. 1, l. 3 : péjoratif ; l. 6 : défini ; l. 13 : in concreto. -- p. 110, n. 2, l. 2 : réduits. -- p. 111, n. 1, l. 5 : D. 92. 2. 454. -- p. 122, n. 1 : contrainte par corps.

P. 125, l. 1 : construite, aux. -- p. 133, n. 1. l. 5 : faillites. -- p. 141, l. 11 : leurs obligations. -- p. 142, n. 1 : scricto sensu. -- p. 143, l. 1 : exécuté. -- p. 147, l. 18 : de constater. -- p. 160, l. 16 : manquée, si le temps. -- 166, l. 29 : voie de contrainte. -- p. 170, l. 29, et p. 241, l. 25 : existant. -- p. 172, n. 1, l. 2, : éd. de 1857 ; l. 4 : D. 1828, 2. -- p. 176, n. 2, l. 3 : 1363. -- p. 187, n. 2 : p. 386. -- p. 188, n. 1, l. 4 : 682. -- p. 189, n. 2. l. 10 : fût-ce. -- p. 193, n. 3 323. -- p. 216, n. 2, l. 7, : 1893. -- p. 227, n. 1, l. 16 : lettre ouverte, p. 51. -- p. 228, n. 1, l. 15 : Colin. -- 230, n. 4, l. 8 : D. 1904. -- p. 234, l. 12 : 446. -- p. 238, l. 2 : d'assumer. -- p. 266, n. 1, l. 11 : t. 5.

P. 267, l. 17 : 2017 ; n. 3 : la succession ne commandât qu'elle fût ; l. 3 : 1959. -- p. 270, 1 : l'adition. -- p. 272, n. 1, l. 5 : l'art. 991. -- p. 275, l. 10, réputées. -- p, 286, n. 1, l. 8 : Lausanne 1910. -- p. 289, n. 2. l. 3 : en effet que ; l. 7 : leur soient. -- p. 292, n. 1, l. 9 : responsabilité. -- 297, n. 2. l. 3 : S. 97. -- p. 299, n. 1, l. 3 : l'art. 809. -- p. 301, l. 1 : 808. -- p. 305, n. 1, l. 15 : tenu seul ; n. 2, l. 1 : 5e éd. X. -- p. 306, n. 1, l. 8 : concourent. -- p. 343, l. 4 : et vend ; l. 5 : crû. -- p. 347, n. 7, l. 2 : hypothèses où. -- p. 348, l. 4 : l'assurance. -- p. 352, l. 23 : devancée ; l. 27 : des personnes. -- p. 353, n. 3 : extension. -- p. 367, l. 31 : notre.

P. 369, n. 2, l. 1 : septembre 1919. -- 376, n. 2. l. 3 : t, 35. -- p. 379 : forcée, la faillite. -- p. 388, n° 3 : n. 64. -- p. 397, l. 13 : saisie. -- p. 400, n. 1, l. 4 : individuelles, la dernière. -- p. 403, n. 1 : pris des hypothèques. -- p. 414, n. 1, l. 2 : a ; l. 3 : parte debitoris. -- p. 415, l. 21, du débiteur. -- p. 418, l. 2, 3, 16 ; p. 420, l. 9; p. 421, l. 19 et 29 : eût. -- p. 418, l. 5 : auraît dû. -- p. 425, n. 1, l. 2 : par les modes de payements ; l. 8 : protège. -- p. 432, l. 12 : il fallut. -- p. 433, l. 8 : vingt et un. -- p. 438, n. 1, l. 2 : p. 666. -- p. 439, l. 8 : elle ne donne pas. -- p. 440, n. 1, l. 3 : a le devoir. -- p. 458, l. 23 : exiger. -- p. 451, n. 1, l. 13 : qu'elle fût.

Passim : « parce que » au lieu de « parceque », « à l'égard de » au lieu de « vis-à-vis de ». -- La note 5 de la page 346 doit être mise à la place de la note 1 de la page 347 et réciproquement, la note 1 de la page 410 à la place de la note 1 de la page 411.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 5

Première Partie

LE PROBLÈME 11

TITRE PREMIER. — Exposé et critique de l'énoncé classique : « Faut-il organiser la déconfiture ? » 13

Chapitre I. — L'énoncé classique du Problème : « Faut-il organiser la déconfiture ? » 14

Section I. — La notion de déconfiture selon la doctrine classique ; distinction de la déconfiture et de l'insolvabilité. 16

Section II. — Les rapports de la déconfiture et de la faillite selon la doctrine classique ; la notion de procédure d'insolvabilité ; ce que les auteurs entendent par organisation de la déconfiture 23

Chapitre II. — De la déconfiture dans l'ancien Droit coutumier 31

Section I. — L'institution proprement appelée deconfiture 33

§ I. -- L'institution coutumière appelée déconfiture ; son histoire ; définition de l'état de déconfiture 33

§ II. -- La caution des premiers saisissants ; le mécanisme de l'institution 40

§ III. -- La règle 687 des « Institutes coutumières » ; comment elle se concilie avec les autres définitions 44

Section II. — Le Droit coutumier et les effets de la déconfiture moderne 51

§ I. -- L'exclusion de la société pour cause de pauvreté.. 52

§ II. -- Les conséquences de l'insolvabilité véritable et de la déconfiture coutumière ; la déchéance du terme notamment. 56

§ II. -- Le paragraphe 516 du « Traité de la Communauté » de Pothier, la preuve du péril de la dot 61

Chapitre III. — La déconfiture moderne ; les raisons pour lesquelles on ne peut en proposer l'organisation 65

Section I. — La déconfiture moderne 66

§ I. -- La notion de déconfiture dans le Code civil 66

§ II. -- La Jurisprudence antérieure à 1830 : la déconfiture est l'insolvabilité prouvée par la discussion du patrimoine.. 77

§ III. -- La Jurisprudence postérieure à 1830 : apparition et développement de la théorie des « signes externes de l'insolvabilité » 83

§ IV. -- L'arrêt de 1892 et la jurisprudence actuelle : la déconfiture ne produit pas ses effets de plein droit, le jugement qui constate l'insolvabilité est constitutif d'un droit nouveau, mais rétroagit au jour de la demande. Conclusion. 89

Section II. — Ce que serait en fait l'organisation de la déconfiture proposée par les auteurs..... 101

§ I. -- Arbitraire du juge ; il ne peut être évité ; ses conséquences fâcheuses..... 102

§ II. -- Tardiveté du jugement déclaratif de déconfiture : lorsque l'insolvabilité se révèle, la majeure partie du patrimoine est déjà définitivement passée aux mains des créanciers les plus diligents..... 113

§ III. -- Les prétendus signes de l'insolvabilité sont aussi bien les signes de la dissimulation d'actif de la part d'un débiteur parfaitement solvable..... 118

TITRE DEUXIÈME. - Esquisse d'un énoncé rationnel et complet du Problème dit de la faillite civile..... 127

Chapitre I. — Faillite et insolvabilité..... 130

Section I. — Généralités : les commerçants faillis sont en fait des insolvables parce que la perspective de la faillite est dotée d'une vertu comminatoire puissante..... 130

Section II. — La vertu comminatoire des articles 437 et suiv. C. com. et de la loi de 1889 ; le pouvoir coercitif qu'il faudrait attacher à la menace de la faillite civile rationnelle. 136

§ I. -- Les éléments du pouvoir coercitif incorporé à la menace de la faillite commerciale..... 137

§ II. -- Le pouvoir coercitif qu'il faudrait attacher à la menace de la faillite civile..... 140

Section III. — La cessation des payements ; la notion qui lui correspond en Droit civil..... 144

§ I. -- La cessation des payements..... 144

§ II. -- La notion correspondant en Droit civil à la cessation des payements, la condition juridique de la faillite civile rationnelle..... 158

Chapitre II. - Faillite et Égalité..... 168

Section I. — Procédures essentiellement égalitaires dans leur structure interne, la faillite et la liquidation judiciaire sont néamoins, en Droit français, des sanctions incomplètes de la règle d'égalité..... 169

§ I. -- Généralités..... 169

§ II. -- Les statistiques : faillites déclarées d'office ou à la requête des créanciers, clotures pour insuffisance d'actif, procédures ayant donné de faibles dividendes..... 174

Section II. — Point de vue législatif ; d'une procédure collective qui tendrait à assurer l'égalité les créanciers chirographaires non encore payés au jour de l'insolvabilité..... 180

§ I. -- Principes : les fâcheux effets de la vertu comminatoire inhérente à la perspective de la faillite ; les tentatives législatives, leur échec ; idée générale d'une solution.. 180

§ II. -- Esquisse d'une procédure de faillite sanction meilleure de la règle d'égalité..... 192

Chapitre III. — La triple formule du Problème législatif dit de la « Faillite civile »..... 203

Section I. — L'énoncé général : la réforme des voies civiles d'exécution..... 204

§ I. -- La faillite : sanction complète du droit de créance, voie d'exécution au même titre que la saisie..... 205

§ II. -- Conséquence : le Problème de la faillite civile est celui de la réforme des procédures d'exécution à l'encontre des débiteurs non-commerçants ; les solutions possibles.... 210

Section II. — La formule annexe du Problème dit de la faillite civile : l'unification du Droit privé national, l'élargissement de la notion de commerçant..... 214

Section III. — Le Problème de la faillite civile après décès, sa formule spéciale, la notion de faillite successorale... 221

§ I. -- Préliminaires..... 222

§ II. -- La condition préalable de la faillite successorale : abandon de l'idée de l'héritier continuateur de la personne, institution d'un régime de succession aux biens..... 227

§ III. -- L'énoncé du Problème de la faillte successorale réduit à sa plus simple expression : la liquidation égalitaire des successions reconnues obérées ou insolvables, la réforme dans l'intérêt des créanciers héréditaires des règles de procédure et de certaines règles de fond gouvernant le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines, la vacance de la succession..... 240

Deuxième Partie

LA SOLUTION 259

TITRE PREMIER. — Les Problèmes annexes..... 264

Chapitre I. — Le Problème de la Faillite successorale, essai d'une solution..... 264

Section I. — La liquidation des successions insolvables en Droit comparé..... 265

§ I. -- Législations allemande et anglaise : régime de succesion aux biens, modes collectifs de liquidation, faillite successorale..... 266

A) La liquidation du passif héréditaire en Droit allemand. 266

B) La liquidation du passif héréditaire en Droit anglais .. 282

§ II. -- Législations suisse et italienne ; système de base : continuation de la personne ; exceptions : limitation de la responsabilité, procédures collectives et égalitaires de liquidation..... 285

A) La liquidation du passif héréditaire dans la législation fédérale suisse 286
B) La liquidation du passif héréditaire en Droit italien ... 293
Section II. — Principes de la solution du Problème de la faillite successorale en Droit français 295
§ I. -- La liquidation du passif successoral en Droit français, nécessité d'une réforme législative 296
§ II. -- Les bases de la réforme législative nécessaire ; aménagement des règles de fond et de procédure du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines..... 309
A) Première étape, réforme du bénéfice d'inventaire..... 310
B) Deuxième étape, réforme de la séparation des patrimoines et des règles de Droit commun ; conclusion..... 319
Chapitre II. — Le Problème de l'élargissement de la notion de commerçant, essai d'une solution..... 335
Section I. — Des commerçants en Droit positif français et étranger, les tendances modernes jurisprudentielles et légales 336
§ I. -- Commerçants et non-commerçants selon le Code de commerce..... 336
§ II. -- Les hésitations et les innovations de la jurisprudence ; les lois du 1er août 1893, du 5 novembre 1894, du 23 avril 1906, du 13 mars 1917 et du 9 septembre 1919..... 345
§ III. -- Des commerçants dans quelques législations étrangères 352
Section II. — La réforme préconisée ; sa nécessité et son principe ; les solutions positives proposées..... 356
§ I. -- Nécessité logique et principe directeur d'une intervention législative qui élargirait la notion de commerçant en Droit français..... 356
§ II. -- Les solutions positives proposées ; néo-commercialité, registre du commerce, entreprises immobilières..... 366
TITRE DEUXIÈME. — Le Problème proprement dit de la faillite civile, essai d'une solution..... 379
Chapitre I. — Les fâcheux effets du système civil de l'exécution forcée en Droit français ; leurs causes ; nécessité d'une réforme législative..... 381
Section I. — Saisie et égalité ; ce pourquoi la saisie n'est pas égalitaire..... 382
§ I. -- Généralités..... 382
§ II. -- Les saisies mobilières et la procédure de distribution par contribution, leurs effets anti-égalitaires..... 386
§ III. -- La saisie des immeubles et l'hypothèque judiciaire, comment elles violent l'égalité..... 389
§ IV. -- Le système civil d'exécution forcée et les payements individuels volontaires..... 393
Section II. — Les autres vices du système civil de l'exécution forcée 406

§ I. -- La procédure d'exécution par saisies et la mauvaise foi du débiteur 406
§ II. -- Les vices secondaires du système civil d'exécution forcée 420

CHAPITRE II. — Les solutions apportées au Problème proprement dit de la faillite civile par les principales législations étrangères 426

Section I. -- Législations étrangères ayant institué une faillite commune aux commerçants et aux non-commerçants 428
§ I. -- Angleterre et Etats-Unis d'Amérique 428
§ II. -- Allemagne et Pays-Bas 434

Section II. — Législations étrangères connaissant une faillite civile distincte de la faillite commerciale 436
§ I. -- Hongrie 436
§ II. -- Pays Scandinaves 438
§ III. -- Espagne 439

Section III. — La loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite 441
§ I. -- Les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1889 442
§ II. -- Le régime suisse de l'exécution forcée à l'encontre des non-commerçants 445

Section IV. -- Législations étrangères ayant essayé de perfectionner les institutions ordinaires d'exécution forcée : Belgique, Espagne, Portugal 450
§ I. -- L'hypothèque judiciaire en Droit comparé 450
§ II. -- La répression civile et pénale de la fraude et de la mauvaise foi des débiteurs en Droit comparé. Exemples .. 454

CHAPITRE III. — La Réforme législative proposée 456

Section I. — Description sommaire d'un régime perfectionné d'exécution par saisies ....
§ I. -- Les immeubles ; réforme de l'hypothèque judiciaire, de la saisie immobilière et de l'ordre 457
§ II. -- Les meubles ; réforme de la saisie-exécution, de la saisie-arrêt et de la procédure de distribution par contribution ; mesures destinées à limiter les fâcheux effets de la liberté laissée au débiteur de faire des payements volontaires préférentiels 470

Section II. -- Les inconvénients et les dangers de l'organisation d'une faillite civile 481
§ I. -- La faillite civile et les débiteurs récalcitrants 483
§ II. -- La faillite civile et le principe d'égalité 488
Conclusion 495
Bibliographie 502

Imprimerie PAUL ROUBAUD, 10, Rue Thiers. -- Aix-en-Provence